

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Formalismus v právu
(Formalism in Law)

disertační práce

Peter Brezina
červenec 2013

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 24.7.2013

Obsah

Předmluva	8
I. Formalismus v právněteoretickém myšlení 20. století	14
I. A. Závan změn na počátku dvacátého věku	14
1. Tři příběhy	14
<i>Sofoklova Antigona</i>	14
<i>Kupec benátský</i>	15
<i>Lochner v. New York</i>	19
2. Americký právní realismus	22
<i>Kritika formalismu</i>	23
<i>Název a program amerického právního realismu</i>	25
<i>Roscoe Pound: The Call for a Realist Jurisprudence</i>	26
<i>Karl Llewellyn (a Jerome Frank): Some Realism about Realism</i>	28
<i>Reakce na spor Pounda a Llewellyna</i>	30
<i>Karl N. Llewellyn</i>	31
<i>Jerome Frank</i>	34
3. Východiska realismu v USA	37
<i>Oliver Wendell Holmes ml.</i>	37
<i>Roscoe Pound</i>	40
<i>John Ch. Gray a Benjamin N. Cardozo</i>	43
4. Realismus a Evropa	46
<i>Rudolf von Jhering</i>	46
<i>Hermann Kantorowicz a hnutí volného práva</i>	48
<i>François Gény</i>	53
<i>Hans Kelsen a ryzí nauka právní</i>	55
<i>Max Weber</i>	59
<i>Exkurs: Skandinávský právní realismus</i>	62
I. B. Poválečná obnova, obroda a dekonstrukce	64
5. Radbruch, Hart a Fuller	64
<i>Důsledky druhé světové války</i>	64

<i>Gustav Radbruch</i>	65
<i>Lon L. Fuller a H.L.A. Hart</i>	69
<i>H.L.A. Hart: Positivism and the Separation of Law and Morals</i>	71
<i>Lon L. Fuller: Positivism and Fidelity to Law</i>	76
6. Pojem a morálka práva.....	83
<i>H.L.A. Hart: Pojem práva</i>	83
<i>Primární a sekundární pravidla</i>	85
<i>Formalismus a skepticismus vůči pravidlům</i>	86
<i>Právo, spravedlnost a morálka</i>	88
<i>Lon L. Fuller: Morálka práva</i>	89
<i>Vnitřní morálka práva</i>	90
<i>Přímá polemika s Hartem a pozitivismem</i>	92
<i>Závěr debaty Harta a Fullera</i>	93
7. Sny a noční můry.....	95
<i>Ronald Dworkin</i>	95
<i>Hart o Dworkinovi: „vznešený sen“</i>	96
<i>R. Dworkin: Když se práva berou vážně</i>	99
<i>R. Dworkin: Law's Empire</i>	101
<i>Právo jako integrita</i>	103
<i>Postskript</i>	104
<i>Neil MacCormick</i>	105
8. Probouzení neortodoxie	108
<i>Law and Economics – Ekonomická analýza práva</i>	109
<i>Ronald Coase: The Problem of Social Cost</i>	111
<i>Richard Posner</i>	112
<i>Critical Legal Studies – Kritická právní studia</i>	115
<i>Morton Horwitz</i>	117
<i>Duncan Kennedy</i>	118
<i>Roberto Mangabeira Unger</i>	123
<i>Reakce z Oxfordu – J. W. Harris</i>	127

I. C. Dnešní pohledy	129
9. Lochner po sto letech	129
<i>Cass R. Sunstein</i>	<i>129</i>
<i>Kritika Sunsteina z pera Davida Bernsteina</i>	<i>131</i>
10. „No longer a dirty word“	135
<i>Frederick Schauer</i>	<i>135</i>
<i>Brian Z. Tamanaha</i>	<i>138</i>
<i>Ernest J. Weinrib.....</i>	<i>139</i>
<i>Antonin Scalia a originalismus</i>	<i>140</i>
11. Soudobá a „pokritická“ kritika	143
<i>Feministická jurisprudence</i>	<i>144</i>
<i>Kritická rasová teorie</i>	<i>147</i>
12. Co to tedy je, „formalismus v právu“?	152
<i>Pohled zvenku – Martin Stone.....</i>	<i>152</i>
<i>Pohled zevnitř – Duncan Kennedy</i>	<i>154</i>
<i>Evropský pohled – François Terré</i>	<i>155</i>
II. Formalismus v českém prostředí	157
13. Ohlasy zahraniční diskuse – od Kallaba po Urfuse	157
<i>Meziválečná česká právní věda</i>	<i>158</i>
<i>Česká meziválečná právní sociologie</i>	<i>160</i>
<i>Nástup marxistické právní vědy</i>	<i>161</i>
<i>Poválečná česká právní věda.....</i>	<i>162</i>
14. Zdeněk Kühn a ideologie vázané aplikace práva	166
<i>Aplikace práva ve složitých případech.....</i>	<i>166</i>
<i>Ideologie aplikace práva.....</i>	<i>168</i>
15. Tomáš Sobek a kritika moralismu	172
<i>Formalismus jako bezobsažná kritická nálepka.....</i>	<i>172</i>
<i>Kritika moralismu.....</i>	<i>174</i>
<i>Sobek a formalismus</i>	<i>176</i>

16.	Exkurs: Pojem „formalismus“ v rozhodnutích českých soudů	178
	<i>Metodologie</i>	<i>178</i>
	<i>Základní statistické shrnutí</i>	<i>180</i>
	<i>Hmotněprávní a procesní kontext.....</i>	<i>182</i>
	<i>Významový kontext.....</i>	<i>183</i>
	<i>Analýza významových kontextů.....</i>	<i>187</i>
	<i>Nejvyšší soud a Nejvyšší správní soud.....</i>	<i>190</i>

III. Má formalismus v právu místo? 192

17.	Formalismus a právo v českém prostředí	192
	<i>Lochner a ti druzí</i>	<i>192</i>
	<i>Hra podle pravidel?</i>	<i>196</i>
	<i>Zákonná pravidla a úcta vůči nim</i>	<i>199</i>
18.	Formalismus při uplatňování veřejné moci	206
	<i>Uvědomělá aplikace práva</i>	<i>208</i>
	<i>Právo jako omezení moci</i>	<i>209</i>
	<i>Elementární zásady interpretace práva při jeho aplikaci veřejnou mocí..</i>	<i>211</i>
	<i>Práva a pravomoci.....</i>	<i>215</i>
	<i>Otevřenost a transparentnost interpretace</i>	<i>217</i>
	<i>Právní jistota</i>	<i>218</i>
19.	Formalismus při tvorbě práva.....	220
	<i>Legislativní tvorba práva</i>	<i>221</i>
	<i>Formální úprava legislativního procesu.....</i>	<i>222</i>
	<i>Obsah legislativních pravidel</i>	<i>224</i>
	<i>Formální náležitosti právních předpisů.....</i>	<i>229</i>
	<i>Obsah právních předpisů.....</i>	<i>232</i>
20.	Formalismus v právním vzdělávání a právní vědě	238
	<i>Kritika z pera Michala Bobka.....</i>	<i>239</i>
	<i>Právo jako řemeslo.....</i>	<i>241</i>
	<i>Statické a formalistické vzdělávání v právu</i>	<i>243</i>
	<i>Různorodost právní vědy</i>	<i>245</i>
	<i>Právní věda a praxe</i>	<i>247</i>

<i>Právní věda jako kolektivní věda</i>	<i>248</i>
<i>Metodika a metodologie právní vědy.....</i>	<i>249</i>
<i>Formační role právní vědy</i>	<i>254</i>
<i>Nepřestávat myslet</i>	<i>255</i>
<i>Závěr</i>	<i>258</i>
<i>Technická poznámka</i>	<i>259</i>
<i>Resumé</i>	<i>263</i>
<i>Abstract</i>	<i>266</i>
<i>Seznam použité literatury</i>	<i>270</i>
<i>Knihy a odborné články</i>	<i>270</i>
<i>Právní a kvaziprávní předpisy, legislativní dokumenty</i>	<i>287</i>
<i>Judikatura</i>	<i>290</i>
<i>Internetové zdroje</i>	<i>292</i>
<i>Klíčová slova / Keywords</i>	<i>298</i>

Předmluva

„A je vůbec bez formalismu nějaké právo?“

Jan Haubert, stavební inženýr a punkový hudebník

Když jsem před lety končil své magisterské studium práva na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze, byla to ta chvíle, kdy má čerstvý absolvent – s myslí ještě pořád plnou pozitivněprávních učebnic všech základních oborů, z nichž právě složil státní zkoušku – pocít jakéhosi právníckého rozhledu. Normy, postupy a instituty, jejichž studium mu až do té doby připadalo jako honění kapky rtuti po podlaze, se najednou seskupily do systému, který je prochnut smyslem a účelností. Rozhodl jsem se tehdy, že své další akademické úsilí budu věnovat právě tomuto celku, který jsem po tolikaletém úsilí konečně nahlédl. A zvolil jsem si téma, které se mi v tu jedinečně epifanickou chvíli zdálo být přiměřené tomu, co vidím: zvolil jsem si téma formalismu v právu, tedy téma, v němž se kritický náboj použitých slov pojí s vlastností pro právo naprosto typickou.

Tato volba se ukázala být štěstím i prokletím zároveň. Štěstím proto, že jde o téma, které se prolíná celou historií právní teorie, tedy přinejmenším její moderní podoby. Jeho studium mi tak poskytlo vhled do oblastí právní filosofie a vědy, o jejichž existenci jsem – i vzhledem k letitému odloučení českého a mezinárodního právněteoretického prostředí – jenom mlhavě tušil. Studium formalismu v právu tak bylo vlastně studiem dějin západní, zejména pak anglofonní právní filosofie dvacátého století.

S tím ovšem souvisí to, co jsem nazval prokletím této volby tématu. Materiálů a textů, které s tímto tématem bytostně souvisí, se ukázalo být zcela nepřehledné množství. Navíc se často týkaly právněfilosofických škol či proudů, o jejichž existenci nemělo české právní prostředí, na které se tato práce primárně obrací, téměř ani tušení, a spolu s ním tedy ani já. Již zkraje se přitom ukázalo, že – podobně jako právo samo – má i formalismus v právu mnoho tváří. Tomu odpovídaly i reakce mých zahraničních přátel a kolegů, kterým jsem se s tématem svých úvah svěřil: od nechápavých pohledů a následného hledání ve wikipedii (aneb „o čem to mluví?“),

přes odkazy na (ponejvíce americkou) právněfilosofickou diskusi, které se v této práci nakonec na velkém prostoru věnuji, po chápavé kynutí hlavou těch, kteří mají osobní zkušenost s postsocialistickou justicí. Právě ta poslední zmíněná skupina mě ovšem v zásadě utvrdila v mínění, že tázat se po formalismu v právu má smysl, i když hrozí odpověď v podobě eklektického galimatyáše.

Toto mé mínění se z podstatné části opírá o mou fenomenologickou filosofickou průpravu. Právě toto odlišné filosofické pozadí je také nejzásadnějším rozdílem mezi mým přístupem k tématu formalismu v právu, jak jej prezentuji na stránkách této práce, a analytickým přístupem Tomáše Sobka, který se podobnému tématu věnoval (a možná stále věnuje) souběžně a který – jak ostatně zmiňuji v příslušné kapitole této práce – formalismus jako téma právní teorie odmítá právě proto, že jde o rozbředlý a neuchopitelný termín, odkazující na neexistující právněfilosofická východiska. Můj přístup je jiný. Nepovažuji tolik za potřebné odhalovat jakousi pravou podstatu věcí či problémů – zde tedy formalismu v právu. Mnohem více mě zajímá jejich jevová stránka, tedy to, jak „se“ jim rozumí či kdysi rozumělo. A ve vztahu k soudobému českému prostředí mě rovněž tolik nezajímá to, zda je termín „formalismus“ tím nejvhodnějším pro označení neduhů, s nimiž se v obvyklé řeči pojí, ale spíše to, nakolik jsou (terminologií obligačního práva) nutnými, obvyklými či nahodilými průvodními jevy práva, a co lze učinit, abychom se v právním provozu oprávněné kritice používající právě tento pojem vyhnuli.

Tato práce tak především není dalším dílem kritiky, která se s fanglí formalismu na české právo snáší. Netvrdím přitom, že by takové dílo bylo nevhodné, nebo že by takováto kritika byla zcela lichá. Tato práce ostatně rovněž kritická je. Za základní požadavek kladený na disertační práci ovšem považuji kritický přístup k poznání obecně, tedy i kritický přístup ke kritice, se kterou autor v zásadě souhlasí. Tato práce je proto v zásadě pozitivní a (zdrucující) kritiku v ní používám jenom tam, kde to považuji za argumentačně nezbytné. A co tedy v této práci čtenář najde?

Možná je lepší hned zkraje říct, co v ní určitě nenajde, ač by si to možná moc přál. Nenajde v ní žádnou definici formalismu, rozhodně ne definici univerzální, která by měla ambici sjednocovat významovou roztříštěnost tohoto pojmu. Naopak, najde zde plastický obraz toho, jak různé kritické (ale i popisné) významy tento pojem v právu nabýval a nabývá – a právě tato mnohovýznamovost a obecně kritický

náboj je zřejmě tím nejbližším, k čemu se lze při vymezování formalismu dostat. Stejně tak zde čtenář nenajde podrobné návody na to, jak se tak často kritizovanému formalismu v právu vyhnout – záměru ani rozsahu této práce by rozhodně neodpovídalo, kdybych se v ní rozsáhle věnoval dílčím metodologickým a metodickým otázkám interpretace, aplikace či tvorby práva, a to zvláště lze-li v těchto oblastech odkázat na propracovaná a dostupná díla jiných. Čtenář zde ale nalezne úvahu nad obecným a určujícím přístupem k těmto otázkám, který z podrobnějších děl nemusí být vždy přiměřeně patrný.

Mám-li tedy ve zkratce tuto práci představit, mohu se přitom přidržet jejího obsahového členění. Je rozdělena do tří nestejných částí, z nichž první se dále člení na tři oddíly. Tato první část se věnuje formalismu jako tématu právněteoretické diskuse během celého 20. století, a jejím záměrem je přiblížit tuto diskusi českému čtenáři. Ten o ní (i kvůli historickým okolnostem) nemá příliš velké povědomí. První část tak vlastně vypráví příběh této diskuse. Jeho ouverturou je vystoupení amerického právního realismu v meziválečném období, které je výrazným a viditelným završením dřívějších kritických snah viditelných na obou stranách Atlantiku již od konce 19. století. První oddíl první části se věnuje právě této první zásadní kritice sekularizovaného a vědeckého právního pozitivismu, který od osvícenství myšlení o právu zcela dominoval.

Druhý oddíl první části se věnuje situaci po druhé světové válce. Ta jednak zásadně zpochybnila uvedenou dominanci a neotřesitelnost právního pozitivismu, ale také vybídla jeho proponenty k promyšlení a přehodnocení jeho základních východisek. Ústřední postavou tohoto oddílu je tak H.L.A. Hart, zřetelně nejvýznamnější postava právní filosofie 20. století. Obsáhle se zde věnují vědeckým diskusím, které vedl se svými současníky – jednak s Lonem L. Fullerem, jednak s Ronaldem Dworkinem. Právě ty (na rozdíl od ještě významnější a obecně známější diskuse o vztahu morálky a práva s konzervativním Lordem Devlinem) se tématu této práce bytostně týkají. Na závěr tohoto oddílu se ovšem rovněž zaměřuji na jiné kritické přístupy (konkrétně ekonomickou analýzu práva a kritická právní studia), které se sice více či méně dovolávají dědictví amerického právního realismu, je jim ale rovněž vlastní zcela zásadní odklon od základních východisek hlavního proudu právního myšlení. I tyto směry do diskuse o formalismu v právu přirozeně patří.

Třetí oddíl první části se pak týká recentní minulosti a současnosti. Teprve v nedávné době se totiž začal pojem „formalismus“ používat v právní teorii a vědě nikoli pouze v hanlivém či kritickém smyslu, ale objevili se také myslitelé, kteří se k němu otevřeně hlásí. Diskuse o formalismu v právu ovšem nepokračovala jenom v osobách těchto přiznaných formalistů jako Schauer či Tamanaha, ale také jistou reflexí sebe samotné a vznikem dalších kritických směrů s odlišnými akcenty než ty předchozí. Na samotný závěr těchto dnešních pohledů na diskusi o formalismu v právu pak nabízím shrnutí témat a významů, které k ní náleží.

Ve druhé části této práce se z ciziny vracím domů, a zabývám se odrazem sledované zahraniční diskuse v českém prostředí. Dokládám, že na zdejší právní teorii a vědu měla v meziválečném období jenom malý a po vztyčení železné opony již takřka zcela nicotný vliv. Česká právní věda se tak k ní relevantně připojila až v nové svobodné éře, a to zejména v osobách dvou soudobých autorů, Zdeňka Kühna a Tomáše Sobka. Každému z nich zde věnuji zvláštní kapitolu. Tuto část pak uzavírá empirický exkurs do rozhodovací praxe českých vrcholných soudů, který se dívá na to, jak tyto soudy samotné pojem „formalismus“ používají. Tento exkurs je částí rozsáhlejšího a ambicióznějšího empirického projektu, který jsem ale posléze (a právě v návaznosti na výsledky jeho první části) pro účely této práce zavrhnul jako nadbytečný. Nepracuji zde proto ani s nejnovějšími údaji či exaktními metodami – účelem tohoto exkurzu je dokreslení současné české situace, nikoli její přesná analýza (k níž by ostatně zvolený soubor dat zdaleka nedostačoval).

Závěrečná, třetí část je pak vyhrazena mým vlastním úvahám. Kladu si zde otázku, zda má formalismus v právu místo, a snažím se ukázat, co obnáší prosté konstatování, že odpověď je nutně kladná. Velmi kritickým pohledem na současný stav právního provozu z hlediska pramenů práva, jejich tvorby, interpretace a aplikace se snažím ukázat, proč nelze jednoduše převzít střízlivou obhajobu formalismu v právu, jak ji přináší již zmiňovaný Schauer či Tamanaha, a v dalších třech kapitolách se pokouším – samostatně, ale s odkazem na sledovanou diskusi – promýšlet místo formalismu v právu. I zde se zaměřuji na české právní prostředí, neboť právě do něj je tato práce určena. Samostatně se tak věnuji formalismu při interpretaci a aplikaci práva orgány veřejné moci, formalismu při tvorbě práva, ale i formalismu v právnickém akademickém provozu. Právě zde pak identifikuji tu

nejnevhodnější podobu formalismu, která se právnímu provozu až příliš často připisuje, a která s ním přesto bytostně souvisí jenom vzdáleně. Tuto podobu lze shrnout slovy „bezduché bezobsažné blábolení,“ a aby do něj nesklouzla i tato předmluva, shrnutí obsahu této práce zde již ukončím.

K metodice této práce se mohu vyjádřit vlastně jenom souhrnně. Základní metodou prvních dvou částí je tzv. zhodnocení literatury (*literature review*). Oproti běžným zvyklostem zde nejde o jakýsi předstupeň, ale o jednu ze základních součástí této disertační práce. Jedním z jejích hlavních cílů totiž je právě přiblížit tuto diskusi českému čtenáři, a právě k tomu je metoda zhodnocení literatury metodou nejvhodnější. Metodu (a metodologii) empirického exkurzu, který tyto dvě části uzavírá, osvětluji na jeho začátku.

Ve třetí části používám metodu jinou, kterou lze nejlépe popsat jako volná doktrinální analýza. Charakterizují ji dva rysy: dosti volný a otevřený přístup k pramenům a datům, a dosti omezená platnost dosažených závěrů. Mohlo by se tedy zdát, že již na metodické úrovni jde právě zde o ono blábolení zmiňované výše. Není tomu ovšem tak: tuto volnou úvahovou metodu jsem zvolil záměrně a právě proto, aby tato analytická část nebudila očekávání, která nechce a nemůže splnit. „Problém“ formalismu v právu nelze (jednoduše ani složitě) „vyřešit“ – lze se ale pokusit o to, aby se v právním provozu minimalizoval výskyt jevů, které lze takto kriticky označit. I závěr, k němuž tato práce nakonec dochází, tomu odpovídá. Lze jej shrnout slovy „nevypínejme rozum“ – což je závěr na první pohled zcela banální. Při přípravě této práce jsem ovšem na explicitní či alespoň implicitní zdůraznění této teze narážel mnohem méně často, než na její zjevné praktické nedodržení.

Úplně na závěr této předmluvy bych se chtěl poděkovat. Osob a institucí, které by si poděkování z mých úst za pomoc a podporu při sepisování této práce zasloužily, je opravdu hodně, vyzdvihnu zde proto jenom ty nejdůležitější. Děkuji Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze, která pro mne po celou dobu mého doktorského studia byla trpělivá a vstřícná *alma mater*. Bez jejího zázemí bych tuto práci asi nikdy nezačal, a rozhodně bych ji nikdy nedokončil. Děkuji také Univerzitě Karlově jako celku, zvláště pak její Grantové agentuře. Tato práce je totiž dosti opožděným, přesto ale přímým produktem grantového projektu č. 252449, jehož řešitelem jsem

byl v letech 2007-2009. Tento projekt mi nejenom umožnil tříbit své dílčí poznatky v diskusích se zahraničními autoritami, které jsem díky němu mohl potkat na různých setkáních a konferencích, ale také mi umožnil podstatně rozšířit množství zahraničních publikací relevantních pro právní teorii, které jsou k dispozici v knihovně pražské právnické fakulty. Jsem přesvědčen, že tato práce není a nebude jedinou, ke vzniku které tato (teď již snadno) dostupná literatura pomohla a pomůže. Třetí institucí, které cítím povinnost poděkovat, je Mezinárodní institut pro sociologii práva v baskickém Oñati. Ten mi svým rezidenčním grantem umožnil na podzim roku 2009 dva měsíce pobývat v nádherném a intelektuálně velice stimulujícím prostředí tohoto institutu. K tomu mi pomohl rovněž příspěvek Tokyo Foundation z fondu Sasakawa (SYLFF), které tímto také velmi děkuji.

Děkuji pak konečně také rodině, přátelům a kolegům, kteří mě při práci na této disertaci podporovali, a to zejména tím, že mi věřili. Právě to, abych jejich důvěru a očekávání nezklamal, bylo v posledních etapách mé práce tím největším hnacím motorem mého úsilí. Nebudu je zde jmenovat jednotlivě – příliš se bojím, že bych po těch letech někoho opomněl. Zvlášť ale děkuji svým rodičům za lásku a podporu po celý můj dosavadní život, z věrných přátel alespoň Jirku Tobíškovi, Tondu Lojkovi, Radku Myšíčkovi a Martině Honcové, z kolegů především Janu Wintrovi (za důvěru), Janu Kyselovi (za správně dávkovanou nedůvěru), Lence Juroškové a Achale Chandani Abeysinghe (za motivačné předběhnutí), a zejména pak mému školiteli Zdeňku Kühnovi – dal mi volnost, v níž jsem se ztratil, ale měl trpělivost, takže jsem svou cestu nakonec našel.

Ještě jednou, všem a od srdce: *děkuji*.

I. Formalismus v právněteoretickém myšlení 20. století

I. A. Závan změn na počátku dvacátého věku

1. Tři příběhy

Život práva nebyl a není logikou, ale zkušeností, příběhem. Tak například...

Sofoklova Antigona

...tragický příběh Antigony, zejména v Sofoklově dramatickém ztvárnění, patří mezi základní kameny evropského kulturního dědictví a dotýká se celé řady jeho aspektů – literárních, historických, filosofických, etických, ale také právních. Vždyť právě řešení rozporu a neslučitelnosti dvou právních řádů, které si oba činí výlučný nárok na vyřešení situace, do níž byla Antigona překotným během událostí vržena, je spouštěcím mechanismem rychlého sledu tragických událostí, které příběh thébského krále Oidipa a jeho rodiny završují. Božský zákon mluví jasnou řečí: o mrtvé je nutno se postarat, řádným pohřbem je vypravit na cestu do záhrobí. Zákon lidský – zákon Antigonina strýce Kreona – je rovněž jasný: pod pohrůzkou smrti pohřbení zrádce zakazuje.

Tento konflikt, stejně jako celý příběh Oidipa a jeho rodiny, má samozřejmě celou řadu implikací z různých oborů a již po generace je předmětem úvah filosofických, religionistických, etických, historických a jiných. Pomiňme však tyto implikace tohoto konfliktu a zaměřme se na tu jeho stránku, kterou lze vnímat jako právní. Díváme-li se pozorně, přivede nás k celé řadě otázek, které – a v tom je podobnost s ostatními aspekty tohoto díla zcela zřetelná – se dotýkají základního pohledu na právo vůbec. Tvrdí-li Antigona, že Kreonův zákon nemůže převážit

božské zákony,¹ nadřazuje tím právo přirozené nad právo pozitivní? Nebo je nutno vnímat i tyto božské zákony jako právo pozitivní, které ovšem náleží k jinému právnímu řádu (Davies 2008: 77)? A co soudit o tom, jak si počíná sám Kreon – je jeho zákon projevem moudrého ochránce obce nebo krutého vítěze nesmyslného boje? A trvá-li na jeho bezmezném dodržení i přesto, že to znamená smrt snoubenky jeho syna, je v tomto postoji symbolem slepé spravedlnosti nebo zaslepeného formalismu?

Kupec benátský

...Shakespearův *Kupec benátský* je dalším z klasických literárních příběhů, které se dotýkají základních otázek pohledu na právo. A jak připomíná R. Seltenreich (2007: 344), patří právě Shylockův příběh mezi ty, které stály u zrodu soustavnějšího zkoumání souvislostí práva a literatury v jedné z mnoha moderních „Law and...“ disciplín zvané „Law and Literature“, byť poněkud předem, *avant-la-lettre*, zato z úst právního učenice z nejvěhlasnějších, Rudolfa von Jheringa. I tento příběh je bohatý na různé právní i mimoprávní aspekty, pro naše účely se však zaměříme pouze na způsob, jakým Portie (v odění římského doktora Balthasara) vede řízení o Antoniově úpisu, který u soudu Shylock uplatňuje.

Předně je s podivem, že dlužní úpis znějící na „libru masa“ vůbec k soudnímu projednání připouští. V „Poznámce právnické“ k vydání této hry z roku 1955 to Václav Lacina v duchu své doby připisuje obchodnickému myšlení benátských

¹ V krásném slovenském překladu L. Feldeka těmito slovy:

„Áno, lebo to bol zákaz, ktorý nepochádzal
od Dia a ani Diké, spoločníčka
bohov v podsvetí, nám nenariadila
nič podobné. Nuž usudzovala som, že
tvoj zákaz, vôľa smrteľníka, nemá takú
silu, aby rušil nenapísané
a neochvejné božie zákony. Tie predsa
nie sú dnešné ani včerajšie, tie platia
od dôb, kam nám pamäť nesiaha, a
platia večne. (...)
Ale keď sa tebe zdá, že som si počínala
pochabo, vedz, že ma z pochabosti
obviňuje pochábeľ.“ (Sofokles 1982: 27)

kupců, kterým je „smlouva něco posvátného, něco víc než lidský život“, přičemž „nikoho ani nenapadne odmítat právní řád, který nutí k splnění takové smlouvy, nikdo nepochybuje o její závaznosti“ (Shakespeare 1955: 183). I Jhering v již zmiňované přednášce dochází k právně nevyhnutelnému závěru stran platnosti onoho úpisu: „Listina židova byla sama o sobě ničemná, jelikož obsahovala něco nemravného; soudce by byl musel židovu žádost hned předkem již z tohoto důvodu odmítnouti“ (Jhering 2009: 51, pozn. *). To však Portie/Balthasar neudělá, drží se závaznosti smlouvy obecně i textu smlouvy, která je soudu předložena, a ač apeluje na Shylockovu milost² – kterou staví proti spravedlnosti ve smyslu práva, přinejmenším jako její korektiv³ – přiznává věřiteli nárok na toto hanebné plnění.

² Tento apel přitom není ledajaký, naopak patří k poeticky nejkrásnějším místům celé hry:

„Milosrdenství nelze vynutit.
Snáší se z nebe jako něžný déšť
na zprahlou zem. Je dvojím požehnáním:
kdo dává, blažen jest jak ten, kdo bere.“ (Shakespeare 1999: 269-271, překlad M. Hilského)

„Slitovnost nevyplývá z donucení.
Kane, jak z podnebesí boží déšť
na zemi kane. Na dvakrát je blahá:
obdarovaného i dárce blaží.
Ona je na mocných to nejmocnější.“ (Shakespeare 1955: 94, překlad E.A. Saudka)

³ Nechme opět mluvit básníka:

„Proto, Žide,
ač soudíš se tu o své právo, považ,
ze pouhé právo nikoho z nás přece
nespasí. Modlíme se o slitovnost
a stejná modlitba nás všechny učí
milosrdnosti k jiným. Mluvím tak,
jen abych zmírnil, co tu právem žádáš.“ (Shakespeare 1999: 271, překlad M. Hilského)

„Proto, žide,
třeba se soudíš o své právo, považ.
Že nikdo z nás by v pouhém právu neměl
spatřovat spásu. Modlíme se „odpust!“
a tatáž modlitba nás všechny učí
i druhým odpouští. To vše ti říkám.
bych zmírnil spravedlivost tvou pře...“ (Shakespeare 1955: 94, překlad E.A. Saudka)

Shylock tedy přistupuje k Antoniovi, přikládá mu k hrudi nůž⁴ a chystá se dobýt svého plnění. Tu však nastává zvrát, Portie/Balthasar jej zadrží a náhle svůj výklad předmětného úpisu ještě více přibližuje jeho vlastnímu textu. Mluví se v něm o krvi? Nemluví – Shylock tudíž nesmí při onom vyřezávání masa z těla nebohého Antonia prolít ani kapku jeho krve⁵. Shylock, až dosud naladěný bojovně a vítězně, pod tíhou autority učeného doktora a ním vyřčeného práva svůj boj vzdává (a to stejně náhle) a chce se spokojit s nabízeným trojnásobkem dluhu. Portie/Balthasar však nadšené přátele⁶ Antonia zadrží a v nastoupené linii interpretace postupuje dál. Shylockovi slibuje víc spravedlnosti, než by chtěl,⁷ a tento slib plní kouzelnou hříčkou se slovem „just“ – z pouhé libry masa se hned v dalším verši stává právě jedna libra, ani o vlasek víc či méně.⁸ To je však zásadní zvrát, který samozřejmě činí plnění uvedené v úpisu

⁴ Ve filmovém zpracování režiséra M. Radforda z roku 2004 tasí za dramatických strunových tonů Al Pacino jako Shylock nástroj, který se, soudě podle jeho tvaru, nejlépe hodí na krájení dortů.

⁵ Jhering (2009: 51, pozn. *) to komentuje tak, že onen moudrý doktor „se dopustil hanebné vytáčky, bídného úskoku rabulistického, odepřel-li muži, kterémuž již byl přiřkl právo, že smí z živého těla libru masa vyříznouti, odepřel-li mu právo, prolíti krev, ačkoliv to jest s řezáním masa z živého těla nevyhnutelně spojeno.“ Dodejme, že anglické slovo „*flesh*“ znamená právě maso syrové, kuchyňsky neopracované (což by naznačovalo, že krev zahrnuje), na druhou stranu se ovšem často používá ve slovním spojení „*flesh and blood*“ (např. v Bibli, Mt 16, 17), což z jeho významového pole zase krev do jisté míry vylučuje. Příliš to ale nemění na úskočnosti uvedené argumentace – Jhering ji připodobňuje zřízení věcného břemena spočívajícího v právu přechodu přes pozemek, při jehož uplatňování se pak vyžaduje, aby tento přechod nezanechal na pozemku žádné stopy (*idem.*).

⁶ V čele se svým chotěm Bassaniem. Shakespeare to příliš nezdůrazňuje, pozornému čtenáři ovšem neujde, že Bassanio nabízí peníze, které získal právě sňatkem s Portií, tedy vlastně její peníze. V obecné radosti z dobrého výsledku si tuto jeho stinnou stránku uvědomuje asi jenom ona.

⁷ V originále „Thou shalt have justice, more than thou desirest.“ (Shakespeare nedat.: Act IV, Scene I).

⁸ Slovy básníka:

„Shed thou no blood, nor cut thou less nor more
But just a pound of flesh: if thou cut'st more
Or less than a just pound, be it but so much
As makes it light or heavy in the substance,
Or the division of the twentieth part
Of one poor scruple, nay, if the scale do turn
But in the estimation of a hair,
Thou diest and all thy goods are confiscate.“ (Shakespeare nedat.: Act IV, Scene I)

Margaret Davies (2008: 152) k tomu poznamenává, že se zde jako spravedlivé prezentuje to řešení, které odpovídá *přesně* (ve smyslu druhého použitého významu slova „just“) znění onoho úpisu. Na Portii se tedy volání po milosrdenství, které sama tak hezky prezentovala, asi nevztahuje.

zcela nemožným.⁹ Na dovršení přechází Portie/Balthasar z řízení civilního do trestního procesu, obviňuje Shylocka z úkladů o život benátského občana (kterým žid Shylock naopak není) a záchranou před ztrátou hrdla a veškerého majetku se Shylockovi stává pouze vynucený křest – a ztráta části majetku.

Právě tato soudní scéna ze světoznámé divadelní hry bývá často uváděna jako ilustrace právního formalismu. Portie se umně drží textu úpisu a zejména také toho, co v něm obsaženo není, s železnou logikou dovozuje podmínky uplatnění žalovaného nároku, jakkoli jsou ve svém souhrnu (ale vlastně i jednotlivě) nesmyslné a nesplnitelné – a ostatně i Shylock se v podobném duchu dovolává textu smlouvy, když odmítá zařizovat felčara pro ošetření Antonia s vyříznutou librou masa (když to ještě vypadá spíše na tragédii) s odkazem na to, že o ničem takovém není ve smlouvě ani zmínka.¹⁰ Nebylo by však, jak upozorňuje Margaret Davies (2008: 153), formalistickým výsledkem tohoto sporu naopak to, kdyby opravdu došlo k vyřezání požadované libry masa? Je formalistickým postupem to, že se Shylock prostřednictvím práva a jeho institucí snaží domoci osobní msty na Antoniovi, s nímž má nejen osobní spory (kazí mu podnikání tím, že půjčuje bezúročně, ke všemu jej na začátku hry veřejně poplival), ale navíc je také křesťanem, a právě s křesťanem Lorenzem (a rodinnými šperky) utekla Shylockova dcera? Nebo se formalismu blíží spíše to, že Portie právní ekvilibristikou promění během honu psa v lišku, žalobce v žalovaného, „mrzkým vtipem žida o jeho právo připraví“ (Jhering 2009: 50) a navíc svým přátelům zajistí přístup k jeho (zbylému) majetku? Nebo – nebudeme-li brát tento příběh úplně doslova – je to snad tak, že nám zde v alegorii Shakespeare předvádí rozpor mezi legalistickým a formalistickým mužským pohledem na právo a pohledem ženským, který zdůrazňuje milosrdenství a spravedlnost (Seltenreich 2007: 349)?¹¹

⁹ Jhering (2009: 51, pozn. *), Sokol (2007: 175) i Seltenreich (2007: 347) upozorňují na to, že podobnou situaci výslovně řešil Zákon dvanácti desek, který dával věřitelům možnost rozsekat dlužníka na kusy, přičemž výslovně stanovil, že pokud by si některý z věřitelů usekl víc nebo méně, nevádí to. Seltenreich však uvádí, že již římscí autoři se k tomuto ustanovení stavěli velice rezervovaně a v praxi se zřejmě nikdy nepoužilo.

¹⁰ Na „zatvrzelý ‚pozitivismus‘“ Shylocka poukazuje i Seltenreich (2007: 350).

¹¹ Margaret Davies (2008: 153-4) feministické výklady tohoto typu zpochybňuje. Jednak Portie plynule přechází z neformálního (smírného) k formalistickému řešení (a Shylock naopak ustupuje k milosrdnému přijetí trojnásobku dlužné sumy), takže toto rozdělení přístupů není ve hře zdaleka

Lochner v. New York

...zajímavé příběhy píše i sám život. Třetím našim příběhem je spor o ústavní konformitu zákona státu New York stanovujícího maximální pracovní dobu pekařů na 10 hodin denně a 60 hodin týdně, bez možnosti přesčasů. Zákon obsahoval i řadu hygienických norem, kterých se ústavněprávní přezkum netýkal a které reagovaly na zřejmě opravdu úděsné podmínky v některých sklepních pekárnách Manhattanu a Brooklynu. Zajímavé rovněž je, že zákon byl v obou komorách parlamentu státu New York schválen jednomyslně – k tomuto a dalším aspektům tohoto rozhodnutí se nicméně vrátíme později.

Zákon byl guvernérem podepsán 2. května 1895, jeho implementace však probíhala spíše s menšími úspěchy. Od počátku jej podporovaly newyorské pekařské odbory i organizovanější část pekařů-zaměstnavatelů (která se tím zřejmě chtěla také zbavit konkurence v podobě novějších imigrantů a jejich malých pekáren), postupně se vůči němu ale zformovala ostrá opozice, která nakonec v rámci Sdružení newyorských pekařských mistrů převážila. Právě tato organizovaná opozice se (po neúspěchu při pokusu o změnu zákona) rozhodla postupovat ústavněprávní cestou a prověřit ústavní konformitu imperativu 60-hodinového pracovního týdne. Vhodná příležitost se jí naskytla s trestním stíháním jistého Josepha Lochnera, imigranta z Bavorska provozujícího malou pekárnu ve městě Utica, hluboko ve vnitrozemí státu New York (a tedy daleko od odstrašujících příkladů zmiňovaných sklepních pekáren metropolitního New Yorku). Pan Lochner byl za to, že nechal svého zaměstnance pracovat přesčas, poprvé jenom pokutován, podruhé se k pokutě jako alternativa připojilo i padesátidenní vězení. V obou odvolacích instancích snaha o zrušení zákona neuspěla nejtěsnějším rozdílem. Věc se tak dostala až před Nejvyšší soud USA, kde se řešila jako věc *Lochner v. New York* [198 U.S. 45 (1905)].

Nabízely se dvě možnosti argumentace: porušení práva na stejné zacházení podle čtrnáctého dodatku americké ústavy nepřipustným předpisem diskriminujícím jistou třídu subjektů práva (tzv. *class legislation*), nebo porušení

tak jednoznačné. Především však je Portie/Balthasar z genderového hlediska postavou navýsost ambivalentní – je sice ženou, ale její postava soudce je zřetelně mužská; postava Portie tedy maskulinitu práva nenarušuje, naopak se jí přízpůsobuje.

smluvní svobody jakožto součásti práva na tzv. řádný pořad práva (*due process of law*), rovněž podle čtrnáctého dodatku americké ústavy.¹² Právní zástupci pana Lochnera se ve svém podání soustředili na první z těchto možností, většina Nejvyššího soudu, který v poněkud překvapivém, nicméně opět velmi těsném rozhodnutí prohlásil příslušné části tohoto zákona za protiústavní, se perem soudce Peckhama přiklonila k druhé možné linii argumentace. Většinové odůvodnění obsahuje přes dvacet dlouhých odstavců podrobné argumentace. Její jádro lze shrnout takto: předmětný zákon státu New York zakazuje v případě pekařů pracovní smlouvy nařizující nebo umožňující pracovní dobu nad zmiňovaný limit; v daném případě se nejedná o výkon tzv. policejní pravomoci, neboť není známo, že by práce pekaře byla nějak zvlášť zdravotně závadná; jedná se tudíž o porušení 14. dodatku Ústavy – omezení (smluvní) svobody bez řádného pořadu práva.

K rozsudku byla připojena dvě odlišná stanoviska. To první, rozsahem i podrobností argumentace srovnatelném s většinovým stanoviskem a sepsané soudcem Harlanem¹³ (další dva se k němu připojili), v zásadě tvrdí, že o výkon tzv. policejních pravomocí šlo, a že břemeno důkazu by mělo ležet na tom, kdo se dovolává opaku. Mnohem zajímavější a slavnější je nicméně stručné odchylné stanovisko soudce Holmese ml. V pouhých dvou dlouhých odstavcích Holmes vykročil z mezí běžné právní argumentace a v několika slavných větách („Tento případ byl rozhodnut na základě ekonomické teorie, kterou většina národa nesdílí“, „14. dodatek není uzákoněním knihy *Social Statics* pana Herberta Spencera,“ „Ústava však není zamýšlena tak, aby inkorporovala jakoukoli konkrétní ekonomickou teorii, ať již by šlo o paternalismus a organický vztah občana a státu nebo o *laissez faire*,“ „Obecné teze nerozhodují konkrétní případy“) odhalil pokrytectví většinové argumentace, která pod rouškou rigorózní právní argumentace prosadila zjevně politický cíl. Nebo také ne – rolí Holmese jako

¹² Jeho první článek zní: „No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.“

¹³ O tomto disentu se ostatně někdy soudí, že byl původně většinovým stanoviskem a až změna názoru jednoho ze soudců z něj na poslední chvíli udělala stanovisko menšinové (Bernstein 2005: 1496, pozn. 178).

inspirátora se budeme v práci zabývat podrobněji, a to včetně toho, nakolik věrné bylo jeho „čtení“ představiteli právního realismu. Podstatné ovšem je, že jakkoli nesprávné ono „čtení“ mohlo být, právě ono bylo zásadní inspirací pro americký právní realismus a jeho kritiku formalismu v podobě zakrývání skutečných motivů zdánlivě rigorózní právní argumentací.

Tyto tři příběhy nám barvitě ukazují, že „formalismus“ a jeho kritika mají s právem souvislost již od nejstarších, přímo mýtických dob. Ne vždy se v příslušných sporech používá právě toto označení, přesto však platí, že jistý rys či ohled právní regulace, pro který se zejména v posledním století vžilo označení „právní formalismus“, je nejen právu vlastní, ale bývá rovněž v této souvislosti tematizován (a to v kontextu tragickém, komickém i čistě pragmatickém), a je tak nejenom nevyřčenou implicitní vlastností, ale také, či snad především, jedním ze základních kriticky zkoumaných rysů právní regulace.

Jak jsme naznačili již na konci výkladu o rozsudku ve věci *Lochner*, patrně největší zásluhu na otevřené tematizaci této problematiky v právněvědeckém diskurzu má americký právní realismus, jemuž se budeme důkladněji věnovat v následující kapitole. Na tomto místě zbývá ještě zmínit jednu další skutečnost, která spíše než s následujícím výkladem souvisí s tímto literárně-historickým úvodem do něj. Jak každoročně zjišťují stovky a stovky studentů prvních ročníků právnických fakult, používá se označení „formalismus“ také pro legisakční, ale i pozdější formulový proces v římském právu a jiných starších právních řádech (srov. např. Kincl 1995: 116an.). Ačkoli by i srovnání těchto historických jevů označovaných jako „formalismus“ s právem moderním a kritickým přemýšlením o formalismu v jeho rámci bylo jistě zajímavé,¹⁴ budeme se mu v této práci věnovat pouze ve velmi omezené míře – a to zejména tam, kde se prolíná s výkladem o historii diskuse o právním formalismu v právní vědě a teorii. Ten začneme na dalších stránkách v meziválečné Americe pohledem na americký právní realismus.

¹⁴ Vždyť i krátký text J. Kincla o legisakčním řízení v jeho učebnici římského práva uvádí, že soudní magistrát „byl zvláště ve starší době opravdový ‚minister legum‘ (sluha zákonů)“ (Kincl 1995: 117).

2. Americký právní realismus

Americký právní realismus je velmi nepřesný (leč velmi dobře zavedený) název pro volné myšlenkové hnutí (Neil Duxbury mluví v retrospektivě dokonce pouze o „náladě“ (Duxbury 1995: 69, také název celé kapitoly 2 věnované formalismu), Karl Llewellyn uprostřed dění o „kvasu“¹⁵) z meziválečného období, které zásadním způsobem poznamenalo americkou právní vědu. Stojí jistě za povšimnutí, že takovýto „realistický“ proud se ujal právě v USA (a do jisté míry rovněž ve Skandinávii, o tom níže) a nikoli ve Francii či Německu (resp. jejich právněkulturních okruzích¹⁶), ačkoli i zde se takovéto tendence objevily a americký právní realismus z nich čerpal (v rámci jazykových schopností svých představitelů) hojnou inspiraci. O těchto evropských paralelách a předchůdcích realismu pojednává samostatná kapitola tohoto oddílu a pro tuto chvíli je tedy opustíme.

Než však přistoupíme k popisu několika základních tezí tohoto hnutí pro diskusi o formalismu relevantních, zastavíme se alespoň v náznaku ještě u ostatních inspirací – specificky amerických i obecně vědeckých – které myšlenkovou skladbu tohoto hnutí předznamenal. Ty jsou totiž významné nejen pro pochopení amerického právního realismu, ale také pro pochopení vývoje právní vědy na začátku 20. století vůbec.

Předně je asi nutno si uvědomit, jak vypadal svět vědy počátkem 20. století. Neboť po staletích plnění karteziánského programu, vrcholícího v druhé polovině 19. století přijetím Darwinismu a vznikem comteovské pozitivistické podoby sociologie, začínají se objevovat tendence, které lze nazvat revolučními. Marxovo postavení Hegela z hlavy na nohy lze snad ještě považovat za náležící ke stejnému paradigmatu,¹⁷ ovšem Husserlova fenomenologie, Bergsonův pojem intuice a *élan*

¹⁵ Zvláště netradiční Llewellynův jazyk stojí za citaci v originálu: „Ferment is abroad in the law.“ (Llewellyn 1931: 1222).

¹⁶ Bez nároku na pojmovou přesnost je zde tento termín použit ve významu v českém prostředí běžném (srov. Gerloch 2009: 104, Harvánek 2008: 455, Knapp 1995: 92-3, Knapp 1996: 21, 105).

¹⁷ A tedy v Kuhnově smyslu za projev normální vědy, nikoli příznak vědecké revoluce (srov. Kuhn 1997).

vital, Deweyho filosofický pragmatismus, Freudova psychoanalýza, Veblenova institucionální ekonomie či vznik funkcionalismu v antropologii (nemluvě o kvantové mechanice a teorii relativity ve fyzice) – to vše jsou směry, které dosavadní přístupy (s různým úspěchem) proměňují zcela zásadním způsobem. Proti formalismu předchozích dob se (v dokonale kuhnovské situaci změny paradigmatu – zatím platí, přestává však přinášet odpovědi na nově kladené dotazy) vzpínají nové a nové vlny odporu a změn (Hull 1997: 35).

Právní věda do těchto dob přichází v zásadě v pozitivistické podobě, i v Německu jde spíše o spor dvou pozitivistických proudů (historická škola kontra pandektisté a *Begriffjurisprudenz*) než o spor větší hloubky. Iusnaturalismus si jenom líže rány a čeká, až bude moci přijít a zvolat „já vám to říkal!“. Právní formalismus ve smyslu úsilí o nahlížení práva jako fenoménu, jemuž vládnou navzájem propojené, základní a logicky prokazatelné vědecké principy, v tomto smyslu vůbec nevybočoval ze standardů vědy 19. století (Duxbury 1995: 10).

V USA se k těmto tendencím přidávají specifické historické okolnosti: po občanské válce nastává období růstu a expanze, západní břehy Atlantiku začínají lákat nové a nové vlny imigrantů, po porevolučním období výstavby svébytného právního řádu nastává tendence tento řád konzervovat a upevňovat.

Kritika formalismu

Právě v dílech „realistů“ se poprvé v soustředěné podobě setkáváme s kritikou „formalismu“. Ačkoli v tomto směru zdaleka nepanovala mezi osobami zařazovanými do skupiny realistů shoda,¹⁸ lze říct, že tímto pojmem bývají „realisty“ označovány ponejvíce dva jevy – jeden z oblasti soudního rozhodování, ten druhý z oblasti právního vzdělávání (Duxbury 1995: 11). A již na těchto dvou jevech bude snad dostatečně patrné, že dějiny americké jurisprudence mohou být pro uvažování o formalismu v českém kontextu spíše inspirací než východiskem.

Nejslavnějším příkladem zmiňované judikатурní tendence je již v předchozí kapitole zmiňovaný rozsudek Nejvyššího soudu USA v kauze *Lochner v. New York*.

¹⁸ Neil Duxbury přímo říká, že formalismus znamenal pro různé realisty různé věci (1995: 64).

Ten se ostatně stal přímo ústavněprávně definičním rozsudkem Nejvyššího soudu pro celou první polovinu 20. století.¹⁹ Vše důležité jsme si o něm však již řekli výše.

Druhá frontová linie boje realistů s formalismem vedla právní akademií a výukou. Koncem 19. století zavádí na Harvard Law School děkan Langdell zásadní reformu právnického studia. Právo se začíná učit jako věda, jejíž laboratoří je knihovna (Duxbury 1995: 14an). Namísto přednášek a minuciózních výčtů pravidel nastupuje sokratická metoda a analýza případů (pozoruhodným důsledkem této proměny je snížení provozních nákladů právnického vzdělávání – za Langdella byl poměr studentů a učitelů 75:1 (Duxbury 1995: 19)). Posud zřejmě všechno víceméně v pořádku, ostatně i vůdčí osobnost právního realismu Karl Llewellyn²⁰ věnuje podstatnou část svého prvního stěžejního díla určeného nastupujícím studentům práv, *The Bramble Bush* (Llewellyn 2012), představení analýzy právních případů jakožto základní metody jejich dalšího studia.

V očích kritiků byl problémem Langdellova přístupu spíše okruh zvolených empirických dat a plánovaný cíl celého tohoto vědeckého snažení. Výběr případů byl velice selektivní, podstatnou část tvořili dokonce případy předrevolučního anglického common law, takřka zcela se rovněž pomíjely zákony a jiné empirické zdroje. A i pokud jde o studované případy, šlo o rozhodnutí vyšších soudních instancí, čímž se zcela pomíjelo prvoinstanční zjišťování faktů. Ještě závažnější byl ovšem z pohledu kritiků cíl tohoto snažení. Tím bylo, aby studenti (za sokratovské pomoci učitele) odhalili těch několik základních principů, které ovládají dané právní odvětví (Duxbury 1995: 15). Právě proti tomuto konzervativnímu a redukcionistickému rysu právního vzdělávání směřoval největší odpor. Shrňme-li a zobecníme, formalismem v právnickém vzdělávání byl myšlen redukcionistický kvazivědecký přístup pomíjející „vnější“ konotace právních otázek.

¹⁹ Cass Sunstein přímo říká, že „[ú]stavní právo se obvykle vymezuje svou reakcí na velké případy... Po více než půlstoletí byl ... nejvýznamnějším ze všech definičních případů případ *Lochner v. New York*. „ (Sunstein, 1987: 873).

²⁰ Dovolte drobnou lingvistiku vsuvka. Toto jméno velšského původu se vyslovuje zhruba takto: [luelyn]; s příděchem amerického středozápadu jej lze krásně slyšet ve filmu *No Country for Old Men*, a to i v upoutávce na tento film [32].

Název a program amerického právního realismu

Pokud bychom chtěli něco jako program amerického právního realismu pozitivně vymezit, nebyl by to snadný úkol. Americký právní realismus totiž opravdu, jak jsme již řekli, nebyl žádnou jasně vymezenou školou (to mnohem více platí o právním realismu skandinávském, k němuž se krátce dostaneme níže). Nebyl ani hnutím s alespoň vágními pravidly a cíli, k jejichž naplnění by svým programem směřoval. Vyrůstal z nespokojenosti: s tím, jak se právo učí, s tím, jak se v právu bádá, a do jisté míry i s tím, jak se právo provozuje – nebo přesněji jak se na tento provoz práva nahlíží.

Nepřekvapí tedy, že i to, co se nejvíce blíží vymezení programu a zájmu tohoto „hnutí“, přišlo spíše zvnějšku – přesněji řečeno je výsledkem výměny názorů ve formě časopiseckých článků mezi tehdejšíím děkanem Harvard Law School R. Poundem a snad nejvýraznější postavou amerického právního realismu K. Llewellynem. Tato debata, kterou lze číst i jako rozmluvu mistra a nadějného uzurpátora jeho pozice, ale také jako pouhé veřejné pokračování soukromé korespondence, kterou Pound s Llewellynem vedli řadu let,²¹ patří mezi nejslavnější výměny názorů v americké právní teorii vůbec (Hull 1997: 173).

V článku z roku 1930, který tuto debatu odstartoval²² (*A Realist Jurisprudence – The Next Step*), Llewellyn rozhodně nenabízí žádné vymezení oné realistické jurisprudence, ani přehledný souhrn témat, přístupů či akcentů, kterými by se vyznačovala. Ostatně ani jinak spíše příznivě nakloněný Llewellynův životopisec a pořadatel jeho písemné pozůstalosti tento článek jako úvod k realismu nedoporučuje (Twining 1985: 71). Kromě směsice zajímavých, často ale nerozvinutých myšlenek (a také náhle „povolené“ kritiky Pounda) však lze i v tomto článku nalézt jisté jádro – je jím důraz na „skutečná pravidla“, tedy skutečnou praxi soudů, jejíž prediktivní hodnota se omezuje na naději, že soudy budou v této praxi pokračovat, a taky odklon

²¹ Podrobněji se této korespondenci věnuje N.E.H. Hull (1987).

²² Za „nulté kolo“ této výměny názorů lze ovšem považovat dvě knižní publikace z roku 1930: tiskem vydané Llewellynovy přednášky pro nastupující studenty s názvem *The Bramble Bush* (Llewellyn 2012) a dosti provokativní knihu manhattanského advokáta Jerome Franka *Law and Modern Mind* (Frank 2009). Těm se věnujeme na jiném místě. Zde jenom uveďme, že podle některých komentátorů právě Frank svou knížkou odemkl třináctou komnatu – možnost kritizovat harvardského děkana (Hull 1997: 181).

od „papírových pravidel,“ tedy právních pravidel v tradičních formách pramenů práva (Llewellyn 1930, Hull 1997: 181-2).

Roscoe Pound: The Call for a Realist Jurisprudence

Poundova odpověď přišla za půl roku.²³ To vychází jeho článek *The Call for a Realist Jurisprudence*,²⁴ ve kterém sice projevuje jisté sympatie vůči úsilí „některých mladých akademiků,“ nabízí dokonce i jisté vymezení toho, co lze tímto „realismem“ v jurisprudenci myslet (naprosto výstižně říká, že se použití tohoto pojmu v právní teorii blíží spíše tomu, jak se používá v umění, než tomu, jaký význam má tradičně v obecné filosofii,²⁵ tedy že v jurisprudenci znamená úsilí o to, aby se právní věda věrně přidržovala „skutečné podoby právního řádu“ (Pound 1931: 697)), zejména se však pouští do rozsáhlé kritiky realismu – nebo přesněji toho, co jako teze realistů sám prezentuje. Přináší především jednu základní kritiku empirického přístupu realistů: jaký je účel onoho empirického úsilí? Co dělat se zjištěními o „skutečné podobě právního řádu“ – co jiného než to, co se s takovými informacemi dělalo již předtím (697)?²⁶ Tato výtku se v dílech kriticky hodnotících americký právní realismus

²³ Mluvíme zde o veřejné odpovědi ve formě odborného článku. V rovině osobní korespondence Pound Llewellynovi poblahopřál k výtečnému článku (Twining 1985: 71, Hull 1997: 183) a o kritice své vlastní práce se vůbec nezmiňoval. To zaráží zejména s ohledem na takřka celostránkovou poznámku pod čarou č. 3, v níž Llewellyn Pounda kritizuje opravdu ostře: tvrdí zde, že Poundovo dílo osciluje mezi skutečnou a promyšlenou vědou, „čtením na dobrou noc“ pro znavené advokáty a jakousi prostřední esejistikou – aniž by ovšem bylo leckdy možné říct, kterou z těchto úrovní má studované dílo dosahovat (Llewellyn 1930: 435, pozn. 3). Je asi příliš ostré tvrzení, že tato poznámka pod čarou „znehodnocuje celé Poundovo vědecké dílo“ (jak uvádí Hull 1997: 183), nezvykle tvrdou kritikou ovšem bezpochyby je.

²⁴ Článek vyšel v *Harvard Law Review*, v čísle věnovaném devadesátinám soudce Holmese, tedy jednoho z inspirátorů amerických právních realistů, o němž jsme již mluvili a ještě se k němu vrátíme. Toto zařazení bylo ale spíše dílem náhody a nedorozumění – Pound měl zřejmě článek připraven nebo rozepsán, když se na něj editoři obrátili s žádostí o příspěvek, a zřejmě při tom dostatečně nezdůraznili, k jaké má být příležitosti. Pound se navíc v tu dobu zdržoval více ve Washingtonu, DC než na své univerzitě, což komunikaci s editory ještě více ztěžovalo (Hull 1997: 190).

²⁵ Z hlediska dichotomie realismu a nominalismu by američtí (ale i skandinávští) právní realisté byli nepochybně spíše nominalisty (Harris 1997: 98).

²⁶ V anglickém originálu je tato věc mnohem méně krkolomná: Pound mluví o „actualities of the legal order“, což je výraz, který do češtiny nelze přeložit se zachováním všech základních sémantických a gramatických odstínů.

objevuje dodnes. Vždyť „věrné zobrazení toho, co soudy a zákonodárci a právníci dělají, není celým úkolem právní vědy“ (700).

Lze-li první část Poundova eseje ²⁷ číst jako poměrně střízlivou kritiku některých východisek (Poundem neidentifikovaných) „realistů,“ přičemž jediným náznakem adresnější kritiky je poslední věta v této části, která slovy „psychologická nutnost“ míří zřejmě na Franka a jeho knížku *Law and Modern Mind* (Pound 1931: 700, Hull 1997: 193), druhá část byla zjevně hozenou rukavicí. Pound zde uvádí „pět věcí, které se v dílech této nové školy (sic!) vyskytují s takovou obecností, že je – nebo jejich většinu – lze oprávněně prohlásit za myšlenky soudobého juristického realismu“ (Pound 1931: 701): víra v to, že masy čísel mají význam samy o sobě (701-2); víra ve výlučný význam jedné metodiky či jednoho přístupu (702-5)²⁸; víra ve výlučnou relevanci jednoho psychologického přístupu (705-7)²⁹; důraz na jedinečný jednotlivý případ místo zobecnění soudního rozhodování (707-8); pohled na právo jako soubor nástrojů určených k podnikání, a ne soubor prostředků určených na plnění obecných společenských cílů (708-9).

A aby byla nutnost reakce dokonána, uvádí Pound ve třetí části eseje sedmibodový program rozumných, ale nepřiliš provázaných návrhů (Twining 1985: 72), který by se, dle jeho pohledu, měl stát základem relativisticko-realistické jurisprudence. Rozčilení dotčených osob pak pramenilo z toho, že tento „Poundův“ program mnohem lépe odpovídal jejich postojům a přístupům než to, jak je (ve velmi přehnané podobě a bez jediné citace či odkazu) zobrazil ve druhé části eseje. Dle Llewellyna, Franka i dalších tak Pound nejenže zkreslil jejich postoje, ale navíc si

²⁷ Jakoby chtěl přisvědčit Llewellynově výtce z výše zmiňované poznámky pod čarou, neuvádí Pound ve svém článku ani jedinou poznámku pod čarou a jménem zmiňuje takřka výhradně osoby krátce (Ehrlich, Jhering) nebo dlouze (Kant, Hegel, Bentham, Austin, Savigny) po smrti. Jedinou výjimkou je Rudolf Stammler, kterému je v roce 1931 75 let a díky anglickému překladu své knihy *The Theory of Justice* je známý i v anglofonních kruzích.

²⁸ Pound uvádí několik příkladů, mimo jiné také kontinentální ryzí nauku právní (aniž by – v duchu výše zmiňované zásady necitování – jménem zmínil Kelsena, kterého dlouhodobě americké působení bylo ještě neočekávanou budoucností). Zdá se, že realismu měla být společná právě jenom ona víra v jediný správný přístup, nikoli shoda na tom, který to je. Kelsenovský normativismus tak zřejmě do realismu v Poundově podání patří.

²⁹ Pound zde plynule navazuje na poslední uváděný výlučný přístup z předchozího bodu – přístup psychologický. Ten sice nijak zjevně neoznačuje za přístup „realismu“ nejbližší, v tomto bodě s ním však takto pracuje, aniž by to jakkoli zdůvodňoval.

jejich méně zkrácenou podobu také přivlastnil jako svůj vlastní program (Hull 1997: 195). Zde je oněch sedm bodů: 1.) funkční přístup zkoumající nejen to, co právní pojmy a instituce jsou, ale také jak fungují; 2.) uznání existence nelogického, iracionálního, subjektivního prvku v rozhodování soudů a jeho studium; 3.) uznání významu jednotlivých případů, aniž by se ze zřetele ztratila důležitost zobecnění pro právní řád; 4.) opuštění myšlenky lineární kauzality a tedy jediného správného právního řešení každého problému; 5.) teorie zájmů a cílů právního řádu, která bude v souladu s moderní psychologií a přitom nebude lpět na jediném psychologickém přístupu; 6.) teorie hodnot, která bude v souladu s moderní filosofií a psychologií a přitom nebude lpět na jediném filosofickém a psychologickém přístupu; 7.) uznání toho, že k právní pravdě lze přistupovat mnoha způsoby, a že relevantnost každého z nich se určuje z hlediska konkrétní přínosnosti, nikoli obecně (Pound 1931: 710-1).

Karl Llewellyn (a Jerome Frank): Some Realism about Realism

Hozenou rukavicí Llewellyn rád zvedl (Hull 1997: 195). Reakcí, kterou sice připravoval společně s Frankem, ale vyšla pouze pod jeho jménem,³⁰ je článek z léta 1931 s názvem *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*. V ní

³⁰ Spoluautorství Llewellyn přiznává v poznámce pod čarou připojené k názvu a označené mimo pořadí hvězdičkou. Za neochotou Franka podepsat se pod článek, jehož je nepochybným spoluautorem, lze vidět tuto příhodu, která jeho napsání předcházela:

Když vyšel Poundův článek, obrátil se na něj Llewellyn s tím, že napíše reakci, a že mu s tím přislíbil pomoc i Jerome Frank. Pound záměr napsat reakci pochválil, vyjádřil jenom výhrady k spolupráci s někým, kdo nejenže nepřesně cituje, ale navíc vkládá jiným do úst slova, která nikdy nevyřkli a která jsou v rozporu s celým jejich dílem. Llewellyn tuto výhradu Frankovi tlumočil, čímž „vypustil Krakena“ (Hull svou knížku napsala před natočením příslušného dílu *Pirátů z Karibiku*, mluví proto o spuštění hurikánu Jerome). Frank Pounda doslova bombardoval řadou dopisů a telegramů, často několika z téhož dne, v nichž jej žádal o upřesnění toho, kde se nepřesností dopustil (aby je mohl v připravovaném dalším vydání opravit), k dopisům připojoval seznam míst své knihy, kterých se to mohlo týkat, a seznam příslušných míst Poundových děl, na které se v knize odvolává, přičemž ve finále jde o balík knihy s přiloženým čtrnáctistránkovým popisem poslaný na Poundovu Harvardskou i washingtonskou (Pound zde v tu dobu trávil několik dnů v týdnu) adresu. Tato smršť zůstala bez odpovědi. N.E.H. Hull oněch čtrnáct hustě psaných stránek prošla a dospěla k závěru, že pravdu měl Jerome Frank – na Pounda se odvolával vždy po právu (Hull 1997: 197-201).

Tato příhoda zde ovšem není uvedena pouze jako kuriozita. Obviňování amerických právních realistů z dezinterpretace a nesprávného citování patří k evergreenům diskuse o tomto směru americké jurisprudence. Činí tak i Brian Tamanaha ve své knize věnované tomuto tématu (Tamanaha 2010: 14an.).

autoři na základě podrobné analýzy³¹ děl dvacítky soudobých autorů, kteří by mohli být označení za realisty, přesvědčivě vyvracejí Poundovo „obvinění“, a pak se sami pokoušejí o pozitivní vymezení toho, co onen „realismus“ je. Opakovaně odmítají, že by šlo o jakousi „školu“ (Llewellyn 1931: 1224, 1233)³² či „skupinu“ (1256), mluví spíše o „hnutí“ (1234) či obrazně o „kvasu“ (1222). Nejpresnější je však označení za „masu trendů v právní praxi a právním myšlení“ (1250), poukazující na to, že americký právní realismus je více než cokoli jiného metodický přístup k právu, který lze dokonce uplatňovat i jenom někdy.³³ Autoři rovněž uvádějí devět společných východisek, která tomuto hnutí, trendu či přístupu přisuzují.

Prvním je vnímání práva jako jevu nestrnulého, v pohybu, a soudní tvorby práva. Druhým je vnímání práva jako prostředku na dosažení společenských cílů, nikoli jako cíle o sobě. Třetím je vnímání toho, že společnost je taktéž v pohybu, a to obvykle rychlejším než právo. Čtvrtým je dočasné oddělení toho, co je, od toho, co býti má, pro účely studia. Pátým je nedůvěra v tradiční právní pravidla a pojmy, pokud se snaží popisovat, co soudy nebo lidé ve skutečnosti dělají. Šestým je nedůvěra vůči teorii, že tradiční preskriptivní formulace pravidel jsou tím nejpodstatnějším faktorem při tvorbě soudních rozhodnutí. Sedmým je víra ve vhodnost seskupování případů a právních situací do užších kategorií než bývalo zvykem, a nedůvěra vůči verbálně jednoduchým pravidlům. Osmým je důraz na hodnocení jakékoli části práva z hlediska jeho účinků. Posledním devátým pak je

³¹ Jedním z příznačných rysů tohoto článku je (na poměry právní vědy) velmi precizní popis metodiky výběru osob a hodnocení jejich děl, uvedený v poznámce pod čarou č. 18 (Llewellyn 1931: 1226-1228). „Samotnou svou strukturou byl tento článek modelem Llewellynova pohledu na realismus, neboť spíše než rozmluvu o právní filosofii připomíná empirickou studii intelektuálních dat.“ (Hull 1997: 216-7).

³² Nelze si ale nevšimnout, že až na výjimky byli lidé uvedeni na seznamu zkoumaných realistů spojeni s Yaleovou nebo newyorskou Kolumbijskou univerzitou, tedy předchozím a tehdejším působištěm K. Llewellyna (Hull 1997: 211, pro seznam s uvedením působiště viz Twining 1985: 76).

³³ Tuto tezi lze dovodit i z finálního článku, mnohem zřetelnější by ale byla, kdyby autoři na základě nepříznivé reakce Pounda nezkrátili seznam realistů na oněch finálních 20 jmen. Jedna z pracovních verzí obsahovala mnohem delší seznam rozčleněný do třech kategorií: realisté, kteří snad k tomu či onomu bodu zaujali extrémní postoj; realisté, kteří jsou důkladní, ve svých postojích však zřejmě méně extrémní; realisté v části svého díla. Právě ona třetí kategorie, právě sama možnost myslet existenci „realistů v části svého díla“ nejlépe ilustruje to, jak lze na americký právní realismus nejvěrněji nahlížet. Je přitom nutno zdůraznit, že tento delší seznam byl objeven až nedávno a ani Llewellynův životopisec a autor průvodce po jeho pozůstalostních dokumentech (Twining 1968) jej neměl k dispozici (Hull 1997: 210-2).

důraz na trvalý a programový útok na právní problémy v uvedených směrech (Llewellyn 1931: 1236-8).

Reakce na spor Pounda a Llewellyna

Ač se tato „definiční“ výměna názorů tímto článkem uzavřela, diskuse o tomto hnutí (které díky ní konečně získalo název) po něm teprve začala nabírat na síle. V reakci na tyto články, ale také na knihy Llewellyna a Franka, které jim předcházely, vychází ohromné množství článků, statí a recenzí, souhlasných i kritických. I tato díla se podílela na tvorbě značky „americký právní realismus,“ zmíníme však jenom heslovitě ty nejdůležitější z nich. Max Radin, jeden z realistů uvedených v Llewellynově seznamu, ve svém krátkém článku zdůrazňuje, že realismus nemá důvod odmítat jakoukoli metodu, a to ani sylogistickou aplikaci práva. Musí si pouze uvědomovat jejich omezení (Radin 1931: 825-7). Felix Cohen, jeden z opomenutých,³⁴ ve svém článku o transcendentních nesmyslech³⁵ poukazuje na to, že celá řada předních představitelů právní vědy se shoduje na „pohrdání mechanickou jurisprudencí, právní magií a žonglováním se slovy“ (Cohen 1935: 821). V tomto dosti radikálním článku volá po opuštění „nesmyslných“ právních pojmů, které nabyly podoby článků víry, a namísto nich volá po funkčním přístupu k právu a jeho pojmům a institucím. Z reakcí skutečně kritických zmiňme alespoň článek jednoho z evropských inspirátorů hnutí právního realismu, Hermanna Kantorowicze, který realisty ztrhal způsobem nikoli nepodobným Poundově hyperbole (Pounda však mezi realisty sám zahrnul). Na závěr svého článku však ocenil, že se realistům povedlo začít realizovat to, co evropští příslušníci hnutí svobodného práva realizovat toliko přislíbili (Kantorowicz 1934). Především je však nutno zmínit také článek budoucího profesora Harvardovy univerzity Lona Fullera, který byl ve své době nejlépe odůvodněným a tedy nejmocnějším útokem na právní realismus (Hull 1997: 239). Právě v tomto článku Fuller do té doby nejvýrazněji prokázal své schopnosti (a otevřel si tím cestu na Harvard), a to zejména tím, že

³⁴ V publikovaném seznamu není, v širší pracovní verzi je. Do roku 1931 ovšem nic zásadního nepublikoval (Hull 1997: 212).

³⁵ „Jaké právo máme věřit v korporace, nevěříme-li v anděly?“ táže se Cohen (1935: 811).

poukázal na skutečnost, že myšlenky právního realismu nejsou v americké právní teorii objevem počátku 30. let, ale objevují se již desetiletí předtím, než v dílech Llewellyna a Franka nabyly do té doby nejvýraznějších podob (Fuller 1934: 429).³⁶ Současně v tomto článku Fuller soustřeďuje pozornost na Llewellyna – ten se tak stává nekorunovaným králem hnutí amerického právního realismu, současně však na něj také padá břímě jeho obhajoby (Hull 1997: 242).

Po tomto obsáhlém představení amerického právního realismu se zkusme alespoň zevrubně podívat na dva jeho snad nejznámější představitele a jejich dílo – jakkoli bude tento pohled opravdu zkratkovitý a povrchní.

Karl N. Llewellyn

Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962) byl Newyorčan narozený v Seattlu. Na střední škole studoval mimo jiné i v Německu, po vypuknutí První světové války dokonce bojoval v německé armádě, byl zraněn, vyznamenán a navrácen do (tehdy ještě neutrální) vlasti. Nastoupil ke studiu na Yale Law School, kde po vstupu USA do války a odvedení většiny spolužáků (sám byl odmítnut) zůstal jako jeden z mála studentů a vybudoval si tak poměrně blízké vztahy s mnoha členy tamního (válkou rovněž prořídlého) učitelského sboru. Redigoval *Yale Law Journal*, absolvoval mezi nejlepšími z ročníku, a po krátké právní praxi v newyorské bance se na Yale v roce 1923 vrátil, ovšem záhy (po svatbě se svou první manželkou) začal učit na Kolumbijské univerzitě v New Yorku, kde v roce 1925 získal formální místo, aniž by ovšem zcela přerušil osobní styky s Yaleovou univerzitou (Hull 1997: 136-8).

³⁶ I Twining (1985) vidí největší vzepnutí hnutí realismu v době předcházející výměně názorů mezi Llewellynem a Poundem, která mu dala jméno. Zmíňme alespoň zde, že jej spojuje se jmény jako W. W. Cook, A. L. Corbin, U. Moore, H. Oliphant, H. Yntema a W. O. Douglas – všechno učitelé a/nebo kolegové Llewellyna z Yaleovy nebo Kolumbijské univerzity. Tato práce nemá ambici podávat zevrubnou historii tohoto hnutí, a díla těchto lidí se jejího vlastního tématu dotýkají pouze nahodile.

Na podzim roku 1929 přednesl nastupujícím studentům ³⁷ sérii deseti přednášek věnovaných úvodu do právnického studia, představení langdellovské metody výuky na základě konkrétních případů – a také tak trochu právní teorii. O rok později vyšly soukromým tiskem pod názvem *The Bramble Bush* – a vyvolaly zcela nebývalý poprask. Ne snad tím, co bylo jejich účelem a nejdůležitějším obsahem – ostatně jako úvod do právnického studia se tento spisek doporučoval ještě řadu desetiletí a používá dosud (v nedávné době vyšly dokonce hned dvě reedice). Největší poprask (nepochybně i v kombinaci s následnou veřejnou diskusí Llewellyna s Poundem, o níž jsme mluvili výše) vyvolala jediná věta ze třetí stránky první přednášky nazvané „O čem právo je“. Uveďme ji zde v kontextu:

Toto „dělání něčeho“ se spory, toto rozumné „dělání-něčeho,“ je předmětem činnosti práva. A lidé, kteří mají toto „dělání“ na starosti, ať již jde o soudce nebo šerify nebo úředníky z přepážky nebo dozorce nebo právníky, jsou úředníky práva. *Co tito úředníci dělají se spory, to je, v mých očích, právo samo.*³⁸

Tuto poslední větu Llewellyn nepochybně myslel vážně – umístil ji na konec odstavce a do kurzívy. Také ale toto tvrzení v dalších odstavcích kvalifikoval, rozvinul a upravil, takže jej nakonec lze číst zhruba takto: „Milí studenti, ve svém právnickém studiu se budete věnovat zejména různým rozhodnutím soudů a jiných veřejných orgánů. Ty rozhodují především na základě právních pravidel, která jsou pro vaše studium a následnou praxi tudíž velmi důležitá, bylo by ale chybou myslet si, že studiem těchto pravidel obsáhnete právo.“ Při vstřícném a „studentském“ čtení těchto přednášek se nelze zbavit dojmu, že právě takto Llewellyna celé generace studentů chápaly. Ne tak mnozí jeho současníci, pro které se právě tato věta stala

³⁷ Přesná geneze jednotlivých přednášek není zcela známá, faktem nicméně je, že poslední dvě jsou adresovány nastupujícím druhákům.

³⁸ „This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.*“ (Llewellyn 2012: 12, kurzíva v originálu; v původním vydání dostupném na *HeinOnline* je pasáž na stránce 3). Llewellynův jazyk je nenapodobitelný a vlastně nepřeložitelný.

ztělesněním hrozeb, které realismus se svou skepsí vůči pravidlům představoval.³⁹ Nálepky někoho, kdo pohrdá formálními právními pravidly, se Llewellyn (přítom hlavní autor vzorového Jednotného obchodního zákoníku (*Uniform Commercial Code*) USA), a s ním celý americký právní realismus, už nikdy zcela nezbavil. A přes veškerou vstřícnost musí náš pohled do historie diskuse o formalismu v právu zohledňovat spíše toto pokřivené, ale rozšířené čtení, než Llewellynovy vnitřní pohnutky, které zůstaly jeho partnery v diskusi spíše nepochopeny.⁴⁰

I ve svém dalším díle se Llewellyn znovu a znovu vracel k soudnímu rozhodování a kritice formalismu v něm. Zjevně přítom navazoval na výše citovaný disent soudce Holmese. Prokazoval, že navzdory formalistickými soudy proklamovanému oddělení práva a politiky byly i tyto soudy vůči politickým tématům citlivé. Neutralita arbitra, které se dovolávaly, byla jenom zdánlivá (Hul 1997: 33-4). Nevycházel přítom z používaných metod dokazování či jiných procesních ohledů, ale spíše přímo ze stylu argumentace. Nejvíce toto téma rozvinul v monografii, která jeho dílo uzavírá – *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* z roku 1960. Zde zavádí rozlišení mezi formálním stylem argumentace a tzv. velkolepým stylem,⁴¹ přičemž identifikuje i historická období, v nichž ten-který styl převažoval – velkolepý styl od prezidenta Jeffersona po prezidenta Granta (tedy od začátku 19. století po začátek obnovy po občanské válce), formální styl v období následujícím. S velkolepým stylem spojuje především přiměřené používání „rozumu a moudrosti,“⁴² formální styl se vyznačuje snahou o neodkazování na nic než pravidla, o odstranění vměšování se rozumu do rozhodování a o takové psaní rozhodnutí, jakoby moudrost (na rozdíl od logiky) nepatřila do rukou slušného právníka (Llewellyn 1960: 5-6). Podrobnější popis formálního stylu je velmi poučný:

³⁹ K vydání z roku 1950 Llewellyn připojil delší, přepracovanou předmluvu, přičemž její podstatnou část věnoval právě těmto třinácti slovům a reakcím, které vyvolaly.

⁴⁰ První přednášku z *The Bramble Bush* lze číst i jako osvobozující, až radikální demokratický manifest, brojící proti zkostrnatělé autoritě tradičních pramenů práva a navracející „právo“ v nejširším slova smyslu do rukou lidí. Právo – ne jako logické konstrukce, ne ani jako příkaz autority, ale jako konsenzus (viz Hull 1997: 171-2). Toto čtení asi není to, které by nejvěrněji odpovídalo Llewellynově záměru, možná ale dobře vystihuje zděšení jeho současníků, které se pak přetavilo do odmítavých reakcí.

⁴¹ Llewellyn používá výrazu „Grand Style.“

⁴² Tento styl používá doslova „the best sense and wisdom it can muster“ (Llewellyn 1960: 5).

případy rozhodují právní pravidla; politika (ve smyslu *policy*) i změna práva (a to i čistého common law) patří do rukou legislativy; stanoviska a rozhodnutí jsou deduktivní a vzbuzují dojem lineární nevyhnutelnosti (Llewellyn 1960: 38).

Jerome Frank

Zanechme na tomto místě Karla Llewellyna a podívejme se krátce na druhou stěžejní postavu⁴³ amerického právního realismu. Advokát a později soudce Jerome Frank (1889-1957) absolvoval University of Chicago, v Chicagu měl jistou dobu i právní praxi, pak se ale přesunul do New Yorku. Velká deprese, která mnoho newyorských právních kanceláří poslala do kolen, se jeho právní kanceláře dotkla spíše pozitivně – o jeho služby v oblasti reorganizace korporací byl velký zájem. Když tedy v roce 1930 vychází jeho kniha *Law and Modern Mind*, je to dílo úspěšného newyorského právníka s minimálními akademickými zkušenostmi.⁴⁴ Přesto je to dílo radikální a až revoluční.⁴⁵

Frank předně velmi důrazně trvá na tom, že pro právo a právníky jsou mnohem zásadnější rozhodnutí (a vůbec činnost, ono Llewellynovo „dělání“) prvoinstančních soudů, před nimiž probíhá vlastní dokazování, než rozhodnutí odvolacích soudů, která jsou obvyklým předmětem studia a analýzy.⁴⁶ V tomto bodě rozhodně není sám, na poněkud pokřivený pohled na soudní rozhodování, který by mohli nabýt studiem rozhodnutí odvolacích soudů, upozorňuje studenty i Llewellyn ve druhé přednášce knížky *The Bramble Bush*. V čem se Frank liší, je to, že z tohoto poznatku dovozuje zásadní metodické závěry. Tedy: prvoinstančním soudům nejenom

⁴³ Brian Bix v předmluvě k reedici Frankovy převratné knihy *Law and Modern Mind* uvádí, že co do věhlasu byl v hnutí amerického právního realismu druhý hned po Llewellynovi (Frank 2009: xi).

⁴⁴ Frank tuto knížku údajně napsal ve vlaku při dojíždění do práce (Hull 1997: 179).

⁴⁵ Malý prostor, který této knize lze zde věnovat, nedovoluje podrobnější pohled. Zejména pak nedovoluje náležitě zohlednit to, jak radikálně jiný je Frankův styl ve srovnání s běžnou jurisprudenční produkcí jeho doby. Knížka je proscena odkazy do jiných vědních odvětví – zejména pak do psychologie a psychoanalýzy, pomocí kterých se snaží i vysvětlit původ problémů, které identifikuje. Zde se pokusíme v krátkosti shrnout tyto identifikované problémy a právněteoretické teze – jejich psychologické vysvětlení (z dnešního hlediska jenom stěží obhajitelné) zcela pomineme.

⁴⁶ Jako nejvíce charakteristický rys Frankova díla to v nové předmluvě k této knize uvádí i Brian Bix (Frank 2009: xii).

přiznává zásadní význam, obrací také na ně svou pozornost. A dochází k několika tvrzením, která se běžné právní teorii rozhodně vymykají.

Předně zpochybňuje a vyvrací, že by se rozhodování (prvoinstančního) soudu skládalo ze dvou oddělených etap – zjišťování faktů a aplikace přiměřeného právního pravidla na zjištěná fakta – a zpochybňuje dokonce i to, že by samo rozhodnutí soudu stálo až na konci tohoto procesu. Tvrdí, že zjišťování faktů a aplikovatelných právních pravidel je obvykle vzájemně provázané (Frank 2009: 144),⁴⁷ zejména však také to, že rozhodnutí ve věci nestojí na konci, ale spíše na začátku celého procesu. Podle Franka se soudce – stejně jako jakýkoli jiný člověk – nerozhoduje na základě promyšlené logické úvahy, ale spíše jaksí „intuitivně“,⁴⁸ při pohledu na fakta dospívá k tomu, jak by mělo být rozhodnuto, a až následně (a „zpětně“) toto své rozhodnutí odůvodňuje, přičemž nedospěje-li k náležitému odůvodnění, rozhodnutí změní a začne znovu (Frank 2009: 109).

Ani tím však převratné teze této Frankovy knížky nekončí.⁴⁹ Z výše řečeného totiž plyne zdánlivě samozřejmé, v posledku ale zcela netriviální tvrzení, že pro rozhodnutí v daném případě jsou mnohem důležitější fakta než právní pravidla – ovšem ta fakta, která za prokázaná považuje soudce a tedy je zohledňuje při svém rozhodování. A právě v tomto bodě se naplno projevuje Frankův důraz na prvoinstanční soudnictví a jeho odlišnost od většiny jiných amerických právních realistů včetně Llewellyna, kterou ještě zdůrazní v obsáhlé předmluvě k 6. vydání této své knihy: zatímco například Llewellyn projevuje skepsi vůči pravidlům a jejich vlivu na rozhodování (zdůrazněme raději opět, že rozhodně nejde o absolutní

⁴⁷ K tomu je nutno si uvědomit, že v mnoha případech je v americkém právu rozhodování o skutkových otázkách v rukou poroty a rozhodování o právních otázkách v rukou soudu (k tomu Frank 2009: 183an.).

⁴⁸ Frank otevřeně navazuje na starší článek texaského soudce Hutchesona o funkci „trknutí“ („*hunch*“) v soudním rozhodování (Hutcheson 1928). Nedávno publikovaný článek věnovaný teoriím o jiných než racionálních vlivech působících na soudní rozhodování (Lajsek 2012) povyšuje Hutchesonův odlehčený komentář na jakousi komplexnější „*hunch theory*“, což je ale dosti přehnané.

Překlad slova „*hunch*“ jako „trknutí“ není příliš přesný z jazykového hlediska (slovníkovým překladem by bylo spíše slovo „předtucha“ – srov. ostatně Hutchesonem samotným citovanou definici, Hutcheson 1928: 274, pozn. 1), nejlépe však odpovídá kontextu, v jakém jej sám Hutcheson používá – ve své stati popisuje, jak přemýšlí a čeká, až jej „trkne“, jak rozhodnout.

⁴⁹ A opět připomeňme, že ty nejpodivnější psychologizující pomíjíme zcela.

popření jejich významu), Frank to považuje za polovičaté a svou skepsi míří dál, až na fakta, na základě kterých soud rozhoduje. „Bez ohledu na to, jak přesná jsou právní pravidla,“ shrnuje Frank ve zmiňované předmluvě, „nelze dnes ani nikdy v budoucnu předvídat výsledek většiny (ne všech) soudních sporů před jejich začátkem, a to kvůli efemérnosti faktů, od kterých rozhodnutí závisí“ (Frank 2009: xxiii).⁵⁰

Na důkladnější rozbor děl právních realistů zde není prostor, a aforistický soupis několika zajímavých citací⁵¹ by účelu této práce rovněž neposloužil. Na dalších stránkách se proto zaměříme na jiné souvislosti – podíváme se na americké i evropské právní teoretiky, kteří inspirovali vznik amerického právního realismu jakožto hnutí, které se jako první⁵² významně a úspěšně vymezovalo vůči něčemu, co nazývalo „formalismus.“ V mnoha ohledech je právě toto podhoubí pro tuto práci významnější než vlastní americký právní realismus, který byl konec-konců opravdu – americký.

⁵⁰ Právě na tento rys Frankova díla zřejmě míří obvyklá zesměšňující poznámka tvrdící, že podle realistů rozhoduje soudce na základě toho, co měl k snídani. Nic takového Frank ani žádný realista nikdy nenapsal (Leiter 2005: 54; v případě Franka to potvrzuje i autor této práce na základě důkladného studia jeho hlavních děl). Je ale pravdou, že ve své další knize *Courts on Trial* Frank uvádí několik příkladů z literatury (např. i z Ch. Dickense), které dávají rozhodování soudce do souvislosti se stavem jeho zažívání – ovšem toliko ve smyslu „soudce po dobrém obědu bývá mírnější“ (Frank 1949: 161-4). Nelze přitom pominout, že s takovýmto pohledem se lze setkat i v současné esejistické či glosátorské tvorbě soudních činitelů – srov. fejeton M. Kabelíka, soudce Městského soudu v Brně, k ohlasům amnestie prezidenta Klause, zveřejněný pod názvem *PRÁVO: Pohádka o amnestii* dne 1.2.2013 v internetovém deníku Neviditelný pes [18], kde k „milosrdenství panovníka“ píše, že „k životu patří stejně jako špatně vyspalý soudce, který opálkuje zlosyna víc, než po dobrém obědě.“

⁵¹ Alespoň v poznámce pod čarou nicméně zmiňme nadčasově trefné pozorování „zapřeného“ realisty (požádal Llewellyna, aby jej v publikovaném seznamu neuváděl) Thurmana Arnolda. Ten ve své politologické knize o symbolice vládnutí z roku 1935 uvádí toto: „Studenti od práva očekávají, že to je něco, co si můžou zapsat do poznámek, a nechtějí být vystaveni zmatenému obrazu toho, co se ve skutečnosti děje. Neprotestují proti novým a realistickým teoriím práva – pokud je ovšem lze formalizovat tak, aby šly zapsat do poznámek.“ (Arnold 1962: 52-3).

⁵² Jenom pro úplnost a pořádek připomeňme, že v tomto směru zcela pomíjíme starší vymezování se vůči procesnímu formalismu reprezentovanému formulovým procesem, hierarchizací důkazů a podobně. Diskusi o těchto tématech se nevěnujeme vůbec, a vrátíme se k nim později, až to bude pro tuto práci relevantní.

3. Východiska realismu v USA

Myšlenky amerického právního realismu nespadly samy z nebe, nejsou ani rozvinutím převratných myšlenek několika význačných bystrých hlav.⁵³ Právě prostřednictvím těchto „hlav“ ovšem získaly své místo v diskusi o formalismu, kterou zde sledujeme, a proto se na tyto inspirativní myšlenky podíváme tak, že přitom těmto hlavám přiřadíme jména.

Oliver Wendell Holmes ml.

S jedním z těchto myslitelů jsme se přitom už několikrát setkali – je jím autor onoho slavného disentu ve věci *Lochner v. New York*, soudce Oliver Wendell Holmes ml.⁵⁴ (1841-1935). Jeho harvardská studia přerušila občanská válka, do níž se aktivně zapojil. Po válce pokračoval studiem práv na Harvardově univerzitě, poté byl 15 let advokátem v Bostonu, právní praxi ovšem kombinoval s vědeckým úsilím (byl například editorem *American Law Review*). Nikdy se netajil svým zájmem o soudní stolicí, a když jej na podzim roku 1882 konečně přemluvili, aby začal na Harvardově univerzitě učit, souhlasil pod podmínkou, že bude moct odejít, jakmile se mu nabídne soudcovský talár (Duxbury 1995: 33). Jeho akademická kariéra tak trvala zhruba tři měsíce – v prosinci 1882 byl jmenován soudcem Nejvyššího soudu státu Massachusetts, v roce 1899 předsedou tohoto soudu a již v roce 1902 se stal soudcem Nejvyššího soudu USA, kde setrval celých 30 let (Holmes 1992: ix-xi).

⁵³ Brian Tamanaha přesvědčivě dokládá, že myšlenky, které realisty (a jejich předchůdce) nejvíce proslavily, se v právnické literatuře objevovaly již řadu desetiletí před tím, než je (snad svou výřečností) dostaly do obecného povědomí osoby, kterým je dodnes připisujeme (Tamanaha 2009: 748 a jinde). Důvodům, proč se tyto myšlenky povedlo uvést do právního diskursu až americkým právními realistům, se zde věnovat nebudeme – ač nepochybně budou přinejmenším v útržcích dalším pojednáním prosvítat.

⁵⁴ Přídomek „mladší“ se mu připisuje kvůli odlišení od jeho otce stejného jména, lékaře, básníka a spisovatele Olivera Wendella Holmese staršího. Po smrti otce Holmes přestal přídomek „jr.“ používat. Jelikož zde rovněž nehrozí záměna, budeme i my mluvit o soudci Holmesovi bez přídomku.

Význam jeho soudcovské činnosti jsme již nastínili – dodejme jenom, že jeho dissent z případu *Lochner* není v jeho díle výjimkou ani formou, ani obsahem. Do námi sledované diskuse ovšem vstoupil mnohem dříve, a to zejména ve dvou krocích.

Tím prvním je jediná, aforistická⁵⁵ věta, použitá poprvé v recenzi Langdellovy sbírky příkladů k smluvnímu právu (Holmes 1880: 234), a poté na úvod první přednášky v rámci jeho obsáhlejší knihy *The Common Law* (Holmes 1881: 1)⁵⁶. V kontextu tohoto druhého použití zní:

*Právo nežije logikou, ale zkušeností. Pociťované potřeby doby, převažující mravní a politické teorie, intuice veřejné politiky – přiznané či nevědomé -, dokonce i předsudky, které soudci sdílejí se svými spoluobčany, mají při určování pravidel, kterými se lidé mají řídit, mnohem větší roli než sylogismus.*⁵⁷

Kouzlo této jediné věty je přitom právě v její prostotě. Není to žádná objevná a převratná teze, není to dokonce žádná teze, s níž by se dala vést polemika – její síla spočívá právě v tom, že se diskuzi vymyká, že diskuzi svou jednoduchostí a současně nejednoznačností vylučuje (Twining 1985: 16). Myšlenka, která za touto větou stojí, samozřejmě není nijak originální. V Holmesově podání však získala údernost hesla dobře vystihujícího proměnu, která v právní vědě nastupovala. A jako hesla se pak této věty dovolávaly celé další generace právníků i představitelů příbuzných oborů.⁵⁸

⁵⁵ Holmes byl – a na tom se jeho kritici i obdivovatelé shodují – mistrem zkratky, aforismů a epigramů (Twining 1985: 16, Tamanaha 2009: 747).

⁵⁶ V předmluvě k výběru Holmesových statí Richard Posner uvádí, že tuto knihu mnozí považují za nejlepší knihu o právu, jakou kdy Američan napsal (Holmes 1992: x).

⁵⁷ V originálu: „The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.“ (Holmes 1881: 1, kurzíva PB).

⁵⁸ E. Adamson Hoebel tuto Holmesovu větu cituje již v úvodu své klasické knihy o právní antropologii (Hoebel 1954: 6).

Druhou stopou, kterou se Holmes nesmazatelně zapsal do historie právní vědy, byla jeho přednáška z roku 1897, kterou jako soudce Nejvyššího soudu státu Massachusetts pronesl při otvírání nové auly právnické fakulty Bostonské univerzity, a která následně vyšla v *Harvard Law Review* pod názvem *The Path of the Law*.⁵⁹ V něm svou tezi o zkušenostním základu práva ještě rozvinul. Shrnmeli to nejdůležitější, co z této přednášky (adresované primárně studentům Bostonské univerzity) se stalo součástí právněvědeckého diskurzu, dojdeme ke dvěma bodům. Prvním je pohled na právo očima „zlého muže“ – Holmes zdůrazňuje, že je důležité nezapomínat na regulativní funkci práva, a že z pohledu adresátů právních norem je na nich nejdůležitější to, co hrozí za jejich porušení.⁶⁰ Druhým je apel na studenty, aby své studium zaměřili na jeho následné praktické využití při právním poradenství, v němž se budou snažit předvídat budoucí rozhodnutí soudů či jiných orgánů. I díky své skutečně obecné formulaci pak tato teze vstoupila do historie právní teorie jako predikční teorie práva⁶¹. Oba tyto body lze krásně ilustrovat touto citací:

Vezměte si základní otázku: Co tvoří právo? Najdete autory textů tvrdících, že je to něco jiného než rozhodnutí soudů státu Massachusetts nebo Anglie, že je to rozumný systém, že je to dedukce ze zásad etiky nebo připuštěných axiomů nebo čeho, která může, ale nemusí odpovídat rozhodnutím. Podíváme-li se ale na věc očima našeho přítele zlého

⁵⁹ Tento článek Posner zase označuje za možná nejlepší dílo v rozsahu časopiseckého článku, které o právu kdy vzniklo (Holmes 1992: x).

⁶⁰ Toto je opravdu velice zkrácené shrnutí Holmesovy argumentace – bohužel ovšem mnohem vstřícnější k ní než mnoho obsáhlejších komentářů. V souvislosti s Holmesem se nezdá, že by přímo o „bad man theory of law“, jejímž příznačným projevem má být právě tento článek. Co na tom, že o „zlém muži“ (přesněji: o zaujetí jeho stanoviska) Holmes mluví naposledy na jeho páté stránce (Holmes 1897: 461). Pojem „zlý muž“ si navíc zaslouží ještě jedno vysvětlení: Holmes jej zavádí proto, aby zdůraznil nutnost odlišování práva a morálky. I „zlý muž“, pro kterého jsou mravy a zvyklosti jeho „dobrých“ sousedů leda tak k smíchu, má snahu vyhnout se přímé konfrontaci s právem – třeba placení pokuty (Holmes 1897: 459).

⁶¹ Právě takto ostatně shrnuje tyto souvislosti Holmesovy přednášky Brian Bix ve svém právněteoretickém slovníku, ovšem právě i včetně širších, obvykle pomíjených souvislostí (Bix 2004: 92-3). I jiní komentátoři docházejí při jiném než povrchním čtení této přednášky k závěru, že není důvod Holmesovu „definici“ práva považovat za obecnou, platnou mimo kontext, v němž ji použil (např. Martin 1997: 16).

muže, zjistíme, že ho ani za mák nezajímají axiomy či dedukce, že ale chce vědět, co massachusettské nebo anglické soudy nejspíše ve skutečnosti udělají. Jsem velmi podobného mínění. Předpovědi⁶² toho, co soudy skutečně udělají, nic honosnějšího – právě to nazývám právem.⁶³

Shrneme-li a zobecníme, čím soudce Holmes přispěl do právněvědecké diskuse o formalismu, lze říct, že nepřinesl žádný obrat, ale spíše jenom odhlédnutí. Namísto, či spíše vedle pravidel a logiky poukázal na historické, sociální a jiné souvislosti, které právo spoluutvářejí.

Roscoe Pound

S dalším z domácích inspiračních zdrojů amerického právního realismu jsme se rovněž již setkali. Je jím dlouholetý děkan harvardské právnické fakulty Roscoe Pound (1870-1964). Narodil se a mládí prožil v Nebrasce, kde vystudoval botaniku. Podle přání otce – advokáta pak odešel studovat na Harvardovu univerzitu, po roce se však vrací do Nebrasky a svá právnická studia dokončuje v otcově kanceláři (do advokacie byl tedy připuštěn bez právnického titulu), studentský rok strávený na Harvardu jej však hluboce poznamenal. V roce 1897 získává v Nebrasce titul Ph.D., opět v botanice (teprve druhé Ph.D. udělené na této univerzitě vůbec), to však již dva roky učí právní teorii na zdejší právnické fakultě. Tu od roku 1903 také vede jako děkan (Hull 1997: 38-48). V roce 1907 se posouvá dále na západ, do Chicaga – dva roky učí na Northwestern University, třetí rok pak již na prestižnější University of Chicago. V roce 1910 přichází konečně nabídka z Harvardu, kam se po odučení letní

⁶² Holmes říká přímo „proroctví“, v češtině by to ovšem této větě přineslo zbytečně metafyzický nádech.

⁶³ „Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“ (Holmes 1897: 460-1).

školy Pound na podzim téhož roku (konečně) vrací (Hull 1997: 72-76). V roce 1916 se zde stává děkanem, a v této funkci zůstane celých 20 let. Do jakési obdoby právní praxe se pak dostane až na sklonku života – po druhé světové válce působí v Číně jako poradce Čankajšeka pro reformu právního systému.

Pomineme-li již výše zmíněný Poundův příspěvek k vymezení právního realismu v jeho americké podobě vůbec, lze za jeho nejvýznamnější příspěvky do právněvědecké diskuse (a zdroje inspirace pro rodící se americký právní realismus) považovat zejména jeho statě z období, které lze označit jako jeho „tah na východ“ – tedy snahu o přesun směrem do Cambridge na Harvardovu univerzitu. Tyto příspěvky do jisté míry souvisejí i s jeho širším vědeckým záběrem a přírodovědným vzděláním, tato souvislost však není nijak do očí bijící. Přesto Pound zkrátka nebyl žádným „klasickým“ právníkem, a tak když jej v roce 1906 americká právníká komora (ABA) požádala o proslov na svém výročním setkání v St. Louis, zrodila se takřka senzace. Pound totiž své vystoupení nazval *Příčiny obecné nespokojenosti s výkonem spravedlnosti*, a tyto příčiny velmi zřetelně našel v „nutně mechanickém fungování právních pravidel.“⁶⁴ Řešením měl být „sociologičtější“ přístup k aplikaci práva, zohledňující proměnlivý význam právních pravidel jakožto výsledku střetu skupin a jejich zájmů. Reakcí právníkové „staré gardy“ bylo zděšení a obhajoba nutnosti starých, formalistických přístupů, reakcí progresivnější akademické sféry byla nabídka práce v Chicagu (Hull 1997: 63-66).

Že však nešlo o pouhou provokaci starých právníků, to Pound potvrdil svým článkem příznačně nazvaným *Mechanická jurisprudence* (Pound 1908).⁶⁵ V něm na začátku shrnul ambici soudobého práva být právem vědeckým, odůvodněným souborem zásad (jehož antitezí je úřednická libovůle, jakkoli maskovaná), přičemž ale zdůraznil, že tato jeho vědeckost není samoučelná, je pouze prostředkem pro

⁶⁴ V originálu zní celá věta takto: „The most important and most constant cause of dissatisfaction with all law at all times is to be found in the necessarily mechanical operation of legal rules.“ (cit. dle Hull 1997: 64)

⁶⁵ O Poundovi lze obecně říct, že podstatnou částí jeho přínosu pro právněvědecký diskurs jsou trefně zvolené názvy jeho článků – kromě článku *Mechanical Jurisprudence* z roku 1908 lze zmínit například ještě *Law in Books and Law in Action* z roku 1910 pojednávající o podobném tématu. Tento článek rovněž patří mezi první právněvědecké články, které otevřeně argumentačně pracují s populární literaturou (zde příběh z *Toma Sawyera*), dávno před pevným akademickým zakotvením přístupu zvaného Law and Literature (Pound 1910: 12-3).

dosažení cíle práva, kterým je výkon spravedlnosti (605). Všímá si však, že tato ambice není nová – podobnou mělo nepochybně i římské právo pozdního císařství. Tato historická paralela ovšem také poukazuje na skryté nebezpečí: s kodifikací komentátorů (a tedy výkladu pravidel) dochází k tomu, že místo toho, aby zásady korigovaly pravidla tak, aby odpovídala danému případu, korigují se naopak případy tak, aby odpovídaly ustáleným, mechanicky aplikovaným pravidlům (607). Mechanická jurisprudence pak dosahuje svého „vrcholu“ ⁶⁶ tehdy, když se (juristické) pojmy používají nikoli jako argumentační východiska, ale jako konečné cíle, kterých se svým právníckým snažením usilujeme dosáhnout (620-1).⁶⁷ Roscoe Pound tak v tomto článku z kousků starší právní teorie a novějších judikátů vytvořil silné vyjádření toho, co bylo v jeho době s americkým právem v nepořádku (Hull 1997: 71) – tedy opět nic převratně nového, ale spíše něco důležitého řečeno způsobem, který vzbudil zájem a pozornost a umožnil alespoň jakési uchopení problému, který byl jeho současníky spíše pociťován než artikulován.

Nejvýraznějším útokem Pounda na soudobý stav amerického práva je pak jeho článek o smluvním právu (Pound 1909). Z našeho hlediska nejsou jeho nejvýznamnější části příliš zajímavé, protože se věnují čistě americké problematice uplatňování ochrany smluvní svobody americkými soudy. Z obecnějšího hlediska je tak z něj nevýznamnější teze, podle níž pojmová dedukce vytvořila přímo mrak pravidel, který soudům brání v tom, aby zahlédli původní zásady, z nichž tato pravidla vycházejí, a také v čistém pohledu na fakta daného případu (Hull 1997: 73-4).

S americkým právním realismem pak Pounda spojovaly ještě dva aspekty, které se v jeho dílech opakovaně vyskytují. Tím prvním je důraz na právnícké vzdělávání a právní vědu jakožto možné způsoby, jak právo vyvést z problémů, které nastiňuje

⁶⁶ Aby nebylo pochyb o tom, jak tento přístup Pound hodnotí, používá v této souvislosti pojem „nadír“, což je astronomické označení pro opak zenitu – tedy bod na obloze přímo pod nohama, na opačné straně Země, bod, který je z hlediska pozemského pozorovatele nejnižším myslitelným dnem.

⁶⁷ Poundův jazyk je zde velmi barvitý: „Current decisions and discussions are full of such solving words: estoppel, malice, privity, implied, intention of the testator, vested and contingent, -when we arrive at these we are assumed to be at the end of our juristic search. Like Habib in the Arabian Nights, we wave aloft our scimitar and pronounce the talismanic word.“ (Pound 1908: 621)

(např. Pound 1908: 622). Druhým je pak jeho obecný přesah – a to nejen z hlediska vědeckých disciplín (mimo své botanické vzdělání byl Pound velkým propagátorem tzv. sociologické jurisprudence), ale také z hlediska původu svých inspirací: Pound ovládal slovem i písmem několik světových jazyků a evropské, zejména pak německé myslitele často a rád ve svých dílech uváděl.⁶⁸ Do Evropy se však společně podíváme za chvíli.

John Ch. Gray a Benjamin N. Cardozo

Zde ještě zmiňme dvě⁶⁹ další osobnosti, které měly na americký právní realismus, a právněvědecký diskurs obecně, inspirativní vliv.

John Chipman Gray (1839-1915) byl profesorem Roscoe Pounda na Harvardu⁷⁰ a generačním druhem soudce Holmese. Do historie právní vědy a právního diskursu se nejvíce zapsal svou knihou z roku 1909 nazvanou *The Nature and Sources of the Law* (Gray 1909). V ní slavně rozlišuje právo jako celý systém pravidel uplatňovaný soudy, a zákony, precedenty, zvyklosti a morálku jako pouhé prameny práva, tedy základ pravidel, která soudy stanovují pro své rozhodování (Martin 1997: 18-9). Gray totiž vymezuje právo (obecně) takto: „Právo státu či jakéhokoli organizovaného lidského tělesa (*body of men*) je tvořeno pravidly stanovenými soudy, tedy soudními orgány tohoto tělesa, na určování právních oprávnění (*legal rights*) a povinností.“ Rozdíly mezi různými školami právní teorie pak pramení právě z toho, že nerozlišují mezi takto vymezeným právem a prameny práva, tedy prostředky, kterými ono těleso či jeho vládce usměrňuje a omezuje soudní orgány a z kterých tyto při svém

⁶⁸ A to i díla zcela aktuální – v článku *Mechanical Jurisprudence* z roku 1908 cituje Kantorowitzův manifest *Boj za právní vědu* (k němuž se dostaneme níže) z roku 1906.

⁶⁹ Pomineme tak zejména ještě jednu význačnou postavu, kterou se americký právní realismus hojně inspiroval – tou postavou je Wesley N. Hohfeld (1879-1918), Llewellynův učitel na Yale Law School. Stěžejním motivem jeho akademického díla byla snaha o pojmové pročištění práva a právní vědy. I jen povrchní nastínění jeho přístupu a analytických nástrojů by však záběr i rozsah této práce výrazně přesahovalo, proto je vhodné odložit výklad o Hohfeldovské analýze na jinou, samostatnou práci.

⁷⁰ Jedna z Poundových vzpomínek na Harvard se týká právě toho, jak mu profesor Gray v knihovně doporučil německou knihu o římském právu namísto standardní anglicky psané učebnice – ta byla prý k ničemu (Hull 1997: 39)

rozhodování čerpají.⁷¹ Gray tedy mimo jiné zdůrazňuje i roli soudů jako orgánů vyslovujících, či přímo stanovujících právo v jednotlivém případě, „soudcokratické“ implikace této jeho teze však zřejmě neodpovídají jeho záměru ani celkovému přístupu (Duxbury 1995: 50an).⁷²

Benjamin N. Cardozo (1870-1939) byl Newyorčan židovského původu, dlouholetý soudce a předseda (v letech 1927-32) Odvolacího soudu státu New York (tedy nejvyšší soudní instance tohoto státu), a posléze (od roku 1932) nástupce O. W. Holmes na Nejvyšším soudu USA.⁷³ Jelikož působil jako neakademický právník, lze jeho myšlenky nalézt zejména v soudních rozhodnutích, do námi sledované diskuse však inspirativně zasáhl i akademicky konvenčnějším způsobem – svými slavnými přednáškami proslovenými na Yale Law School, které posléze vyšly jako útlá knížka s názvem *Povaha soudního procesu* (Cardozo 1921). V nich prezentuje na dobu svého vzniku velmi neotřelé myšlenky – prosazuje sociologizující přístup k právním problémům (98an.), zdůrazňuje, že práce soudce má i legislativní aspekty (zejm. 113an.), a věnuje se i podvědomým prvkům soudního rozhodování (167an.) – což jsou všechno témata, která k americkému právnímu realismu bytostně patří.

⁷¹ Grayův jazyk je úderný, nepostrádá však vtip: „The Law of the State or of any organized body of men is composed of the rules which the courts, that is, the judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties. The difference in this matter between contending schools of Jurisprudence arises largely from not distinguishing between the Law and the Sources of the Law. On the one hand, to affirm the existence of nicht positivisches Recht, that is, of Law which the courts do not follow, is declared to be an absurdity; and on the other hand, it is declared to be an absurdity to say that the Law of a great nation means the opinions of half-a-dozen old gentlemen, some of them, conceivably, of very limited intelligence.

The truth is, each party is looking at but one side of the shield. If those half-a-dozen old gentlemen form the highest judicial tribunal of a country, then no rule or principle which they refuse to follow is Law in that country. <...> On the other hand, those six men seek the rules which they follow not in their own whims, but they derive them from sources often of the most general and permanent character, to which they are directed, by the organized body to which they belong, to apply themselves.“ (Gray 1909: 82-3).

⁷² I dle Harrise nebyl Gray žádným právním revolucionářem – jeho učebnice o majetkovém právu byly docela tradiční (Harris 1997: 99).

⁷³ Jeho přehlednou biografii lze nalézt například na stránce prof. M. Ariense [2]. Zmiňování jeho židovského původu není samoučelné – byl prvním Židem na newyorském odvolacím soudu v historii a pouze druhým na Nejvyšším soudu USA, a tedy i v osobní rovině příkladem změny a pokroku, což jsou motivy s americkým právním realismem hojně spojované. Cardozo sám studoval na Kolumbijské univerzitě, jeho jméno nicméně nese jiná důležitá newyorská právnická škola – právnická fakulta soukromé Yeshiva University [6].

Nejotevřenějším pojítkem s diskusí o formalismu jsou však pouhé dvě věty z druhé přednášky, která Cardozův přístup výstižně charakterizuje:

„Stará legenda praví, že se jednou Bůh modlil, a jeho modlitba zněla: ‚Budiž mou vůlí, aby mé spravedlnosti vládla má milost.‘ Právě tuto modlitbu musíme všichni odříkat tehdy, když démon formalismu pokouší mysl vábením vědeckého řádu.“⁷⁴

Sám přitom na jiném místě přiznává, že za mlada i on hledal pevnou půdu jasných pravidel, jakýsi ráj spravedlnosti, která by se sama ohlašovala jednoznačnými a naléhavými slovy.⁷⁵ Postupně však zjistil, že nejistota je nezbytná a soudní proces ve svých nejvyšších úrovních není nalézáním, ale tvorbou, k níž pochyby i naděje patří (166-67).

Cardozovy přednášky jsou však zajímavé také tím, v jak rozsáhlé míře odkazuje na evropské myslitele. Právě na evropské inspirace se ostatně podíváme i my v další kapitole.

⁷⁴ Cardozův jazyk je velmi střídavě poetický: „There is an old legend that on one occasion God prayed, and his prayer was ‚Be it my will that my justice be ruled by my mercy.‘ That is a prayer which we all need to utter at times when the demon of formalism tempts the intellect with the lure of scientific order.“ (Cardozo 1921:66).

⁷⁵ Poetiku Cardozova jazyka je zde velmi obtížné přeložit: „I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience.“ (Cardozo 1921: 166).

4. Realismus a Evropa

Až dosud se náš pohled soustředil spíše za Atlantik – to proto, že diskuse o formalismu jakožto jedna ze základních linií vývoje právní teorie a filosofie 20. století je ponejvíce americkou diskusí. Nyní je ale na místě obrátit pozornost na starý kontinent. Vývoj v Americe totiž sice byl do značné míry podnícen místními jevy, rozhodně však nebyl izolován. Pohled na situaci v Evropě na přelomu 19. a 20. století nabízí mnoho paralel s tou americkou, a navíc právě američtí právní realisté a osobnosti, které je inspirovali, udržovali s Evropou čilou intelektuální vazbu, takže mezi inspirace amerického právního realismu lze zařadit i některé evropské myslitele či myšlenkové proudy. Konečně pak platí, že i Evropa měla své reformní právní hnutí z počátku 20. století. A ne, nejde o skandinávský právní realismus, byť i ten do tohoto příběhu okrajově patří (a okrajově jej také zmíníme). Nejprve však k evropským inspiracím toho amerického.

Hned na úvod zde zmiňme, že hledat inspiraci amerického prvního realismu v Anglii je zcela marné. Anglická právní teorie přelomu 19. a 20. století byla totiž obecně velmi neinspirativní, takřka „na umření“ (Duxbury 2003: 966). Až do druhé světové války ji ovládalo Austinovo sto let staré učení,⁷⁶ knížky o právní teorii se více než právní filosofii věnují hlavním rysům systémů typu common law, a až po válce se vůbec začne výrazněji rozvíjet studium práva na anglických univerzitách (Duxbury 2003: 965-6). Evropské inspirace amerického právního realismu byly tudíž nutně kontinentální.

Rudolf von Jhering

Nejstarší a v mnoha směrech nejvýznamnější evropskou inspirací amerického právního realismu bylo pozdní dílo Rudolfa von Jheringa (1818-92). V něm se již

⁷⁶ Jenom pro srovnání – důraznou kritikou některých základních tezí Austinovy teorie Gray svou knihu o povaze a pramenech práva z roku 1909 začíná, ač inspiraci jeho dílem rovněž hned zkraje přiznává (Gray 1909: vii).

oprostil od formujícího vlivu svého učitele Savignyho a začal uvádět teze, které byly vůči běžnému vnímání práva dosti kritické. Ty se objevují již v jeho romanistickém díle o duchu římského práva (*Der Geist des römischen Rechts*).⁷⁷ Tam, ale zejména v obecnějších teoretických dílech *Der Kampf ums Recht* z roku 1872 (česky *Boj o právo*, von Jhering 2009) a *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* z roku 1884, Jhering kritizoval samoučelnou snahu o abstraktnost a symetrii právních pojmů a doktrín, pouhé deduktivní odvozování právních tezí bez ohledu na jejich praktické důsledky, formalistický přístup k právní analýze a tezi, že právo je uzavřený systém, který musí zajišťovat řešení všech případů (Summers 2000: 22).

Tuto svou kritiku nejslavněji předvedl v satirickém spisku nazvaném *Nebe právních pojmů* (von Jhering 1985).⁷⁸ Ten je psán jako fantazie či sen Jheringa, který se po smrti dostává do nebe právních pojmů. Zde mu jeho průvodci sdělují bytostné vlastnosti právních pojmů („Pojmy nesnesou kontakt s reálným světem,“ říká mu například stráž u brány (803)) a seznamují jej s různými přístroji a cvičebními pomůckami, které zde naplňují čas a blaženost jeho kolegů – bývalých právních teoretiků, a na kterých se také vykonávají zkoušky nutné pro plnohodnotné vpuštění do onoho nebe. Setkává se zde se strojem na dělení vlasu, kterým musí v rámci testu rozdělit jediný vlas na 999 999 stejných částí (805)⁷⁹, s kluzkou tyčí těžkých právních problémů, po níž musí vyšplhat na jeden z jejích třech vrcholů, snést z něj právní problém, a pak jej opět vynést nahoru (806),⁸⁰ nebo dialektická vrtačka, kterou se dostává k jádru (či přesněji „na dno“) těžkých otázek – při nezkušené obsluze však vrták vyleze na druhé straně otázky, což prý všechny kolem vždy velice pobaví (809).

⁷⁷ Summers uvádí, že právě toto dílo mohlo Holmese inspirovat k tezi „právo nežije logikou, ale zkušeností“ (Summers 2000: 22-3).

⁷⁸ V anglickém překladu vyšel až v roce 1985, přesto patřil v americké právní vědě mezi velmi citovaná díla již počátkem 20. století. Původně vyšel v roce 1884 v jeho druhém výše zmiňovaném teoretickém díle *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* jako jeho třetí oddíl (von Jhering 1884; k dispozici i online).

⁷⁹ Tento stroj se později stal nejslavnější kritikou metody minuciózní distinkce (srov. např. Holmes 1908: 607 nebo Cohen 1935: 809).

⁸⁰ „A proč?“ ptá se svého průvodce. „Jak hloupý dotaz,“ odpovídá ten. „Naše problémy mají pouze podněcovat šplh, nemají se vyřešit.“ (Jhering 1985: 806, nejde o přesnou citaci).

I Jheringovo nejslavnější teoretické dílo *Zweck im Recht* (1877, 1883) bylo později přeloženo do angličtiny (přesněji jeho první svazek, a to jako *Law as a Means to an End* v roce 1913).⁸¹ Jak je již z názvu (a zejména pak jeho výtečně zvoleného nedoslovného anglického překladu) patrné, jeho hlavní snahou v tomto díle bylo zdůraznit utilitární aspekty práva – tedy že právo není samoučelným systémem regulace, ale že jej lze nejlépe chápat jako prostředek sloužící zájmům jednotlivců a skupin (Bix 2004: 107). Vzhledem ke sledované diskusi však nutno zdůraznit, že ač Jhering některé rysy formalismu v právu kritizoval, rozhodně nebyl žádným antiformalistou, naopak významnou roli formy a formalismu jakožto jejího zdůraznění v právu sám uznával (Summers 2000: 38).

Hermann Kantorowicz a hnutí volného práva

Asi nejzajímavější, nejperspektivnější, přesto však zhola neúspěšnou paralelou amerického právního realismu v Evropě bylo tzv. hnutí volného ⁸² práva (Freirechtsbewegung či Freirechtslehre). To bylo reakcí na pozitivismus, který v německém ⁸³ právním myšlení 19. století zcela dominoval, jakkoli v nejednotné podobě.⁸⁴ Základním rysem tohoto německého pozitivismu 19. století, který obě jeho větve spojoval, byla teze o úplnosti právního řádu, ať již byl chápán jako soubor příkazů státu a akceptovaných metod interpretace, nebo jako produkt staletého vývoje kultury, ne nepodobný jazyku. Ostatně stejně jako byli jazykovědci schopni

⁸¹ Německé znění druhého přepracovaného vydání (vyšlo ještě za Jheringova života v letech 1884 a 1886) a anglický překlad prvního svazku (vychází ze čtvrtého německého vydání z roku 1903 a vyšlo v roce 1913) lze (alespoň k 8.7.2012) nalézt v databázi *HeinOnline*, v sekci Legal Classics.

⁸² Překlad německého názvu hnutí je nesnadný. Přidržíme se však české tradice, jakkoli pouze náznakovitě, jak ji reprezentuje například krátká shrnující stať V. Kubeše (viz Weinberger, Kubeš a Kosek 2003: 9).

⁸³ Myšleno spíše jazykově, „německé“ právní myšlení zahrnovalo přinejmenším celou střední Evropu.

⁸⁴ Základní osou německého právního myšlení 19. století byl spor dvou pozitivistických škol – Savignyho historické školy a Puchtovy školy pandektistů, někdy (spíše posměšně) nazývané „pojmová jurisprudence“. Nejdůležitějším jablkem sváru byla otázka, zda právo kodifikovat do kodexů či nikoli – historická škola se proti tomu stavěla, pandektisté tento přístup podporovali. Že byl ten spor poměrně vyrovnaný, to lze dovodit již z toho, že mezi vydáním rakouské a německé či švýcarské kodifikace občanského práva uběhlo takřka celé století. Zajímavým byl v této souvislosti rovněž osud pruské kodifikace (veškerého) zemského práva (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*) z roku 1794, která byla postupně nahrazována dílčími předpisy.

kodifikovat živoucí řeč, měli být i právní vědci s to kodifikovat⁸⁵ rozvíjející se právo pomocí jeho vůdčích zásad a kategorizace jeho hlavních pojmů, a to bez mezer (Martin 1997: 21, Herget a Wallace 1987: 404-5).

Za ideová východiska tohoto hnutí lze považovat přednášku právního sociologa E. Ehrlicha (1862-1922) z roku 1903 nazvanou *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*⁸⁶ a manifest *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* z roku 1906, který sepsal H. Kantorowicz, a to, ač se o tom příliš neví, za aktivního a vydatného přispění G. Radbrucha.⁸⁷ Blíže se podíváme právě na tento manifest a jeho autora.

Hermann Kantorowicz (1877-1940) se narodil v (tehdy pruské) Poznani do rodiny úspěšného a vzdělaného obchodníka židovského původu. Ten své podnikání posléze přesunul do Berlína, kde Hermann vystudoval práva. Doktorát získal v Heidelbergu, a to dokonce a výjimečně bez předložení disertace (Kantorowicz Carter 2006: 661). Původní plány na druhý doktorát (ve filosofii) opustil, aby se v roce 1904 oženil. Jeho úsilí o habilitaci v Heidelbergu zhatil nejen jeho židovský původ a provalené autorství Manifestu, ale také spíše arogantní vystupování, kterým si proti sobě popudil tamní profesorský sbor. Habilitoval se tak až v roce 1907 v německém Freiburgu, kde však na placené místo mimořádného profesora čekal až do roku 1923. To už bylo po smrti jeho první ženy, a právě v tomtéž roce se oženil podruhé. Po odchodu Radbrucha z Kielu do Heidelbergu byl v roce 1927 zvolen jeho nástupcem,

⁸⁵ V širším slova smyslu – výsledkem této práce by pro jedny byl kodex, pro druhé vědecký komentář zvykového práva.

⁸⁶ V roce 1914 jej R. Pound vybral, aby na výroční schůzi sdružení amerických právnických škol (AALS) přednesl hlavní přednášku, kvůli vypuknutí války mu však jako občanovi Rakouska-Uherska nebyla cesta do (tehdy ještě neutrálních) Spojených států umožněna, k Poundově velkému rozladění (Hull 1997: 108-110). V textu uvedená přednáška vyšla v USA v roce 1917 v neúplném překladu v prestižní publikaci vydávané právě tímto sdružením (Ehrlich 1917). Jeho *Základní principy sociologie práva* (německy vyšly v roce 1913) vyšly v anglickém překladu až v roce 1936 a americký právní realismus ani diskusi o formalismu v právu výrazněji neovlivnily, ačkoli Ehrlicha samotného proslavily (Ehrlich 2002: xx). Z primárních pramenů tak měla v anglofonní právní vědě pravděpodobně největší vliv jeho přednáška o sociologii práva, která vyšla s krátkým nekrologem z pera R. Pounda v roce 1922 v *Harvard Law Review* (Pound 1922).

⁸⁷ Ke vzniku tohoto manifestu viz Kantorowicz Carter 2006. Tento článek Kantorowiczova nejmladšího syna rovněž obsahuje první anglický překlad podstatných částí manifestu. Knížku o svém otci, jejíž část publikoval právě jako citovaný článek, však již dopsat nestihl [20]. Pro větší názornost a lepší čtivost si z obou programových statí představíme toto hnutí na údernějším Kantorowiczově manifestu.

jeho jmenování řádným profesorem však dva roky blokovala pruská vláda. Do Kielu se tak dostává až v roce 1929, a takřka ihned se stává tamním děkanem. Díky tomu jej Hitlerův nástup k moci v roce 1933 zastihl na studijním pobytu ve Florencii, z něhož se již do Německa nevrátil.⁸⁸ Rok pak působil v New Yorku (mimo jiné s K. Llewellynem na Kolumbijské univerzitě) a na Harvardově univerzitě (zde s R. Poundem)⁸⁹, posléze se vrátil do Evropy, kde se o něj nakonec „rozdělily“ univerzity v Oxfordu a Cambridgu (Ibbetson 2004: 280). Právě v britském univerzitním městě Cambridge počátkem roku 1940 umírá.⁹⁰

V manifestu *Boj za právní vědu* (původně publikovaném pod pseudonymem Gnaeus Flavius) Kantorowicz odsuzuje tradiční obraz právníka jako učence, který pouze s pomocí Zákona, logiky a tajné právnícké techniky je schopen na požádání najít Zákonem a zákonodárcem stanovenou odpověď na jakoukoli právní otázku. Nechme mluvit samotného autora:

„Převažující pojetí ideálního právníka je toto: státní úředník ve vysoké pozici s akademickým vzděláním; sedí ve své cele, vyzbrojen pouze myslícím strojem, přirozeně tím nejlepším. Jediným nábytkem je zelený stůl, na němž má Zákoník. Předložte mu jakýkoli případ, skutečný či smyšlený, a on dovede, v souladu se svými povinnostmi a pouze s pomocí logiky a tajné techniky, které rozumí jenom on, s absolutní

⁸⁸ Kantorowicz patřil spolu s Kelsenem do první vlny profesorů vyhozených po nástupu nacismu (Ibbetson 2004: 277, pozn. 38).

⁸⁹ Jeho primárním newyorským působištěm však byla manhattanská New School for Social Research, která právě na pomoc akademickým uprchlíkům z hnědnoucí Evropy zřídila tzv. Universitu exilu (Curran 2001a: 67, Ibbetson 2004: 279). Samotná New School vznikla počátkem 20. století a teprve příchod těchto exulantů jí umožnil realizovat kromě vzdělávání dospělých i druhý pilíř její původní mise – samostatný vědecký výzkum (Gunther 1994: 443-44). Není proto asi divu, že po všech útrapách své akademické kariéry nebyl Kantorowicz s působením na této mladé, vlastně za pochodu budované instituci příliš spokojen (Ibbetson 2004: 279).

⁹⁰ Biografické údaje zde čerpáme zejména ze dvou zdrojů: článku jeho nejmladšího syna (Kantorowicz Carter 2006) a webových stránek staršího syna z druhého manželství (T. Cartera) věnovaných právě životu a dílu H. Kantorowicze [7]. Důkladné akademické posouzení jeho života a díla, které ovšem vyšlo před zmiňovaným článkem Franka Kantorowicze Cartera a tudíž nemohlo zohlednit informace v něm uvedené, obsahuje příspěvek D. Ibbetsona ve sborníku o německých právních akademících v britském exilu (Ibbetson 2004).

přesností ukázat na rozhodnutí, která jsou v Zákoníku zamýšlena a která zákonodárce předvídal.“⁹¹

Proti tomuto obrazu pocházejícímu z Římské říše – avšak nikoli z dob jejího největšího rozmachu, ale naopak z časů hlubokého úpadku (Kantorowicz Carter 2006: 679) – klade novou koncepci „práva, právní vědy a právního rozhodování“ (681). Tvrdí, že existuje mimozákonné „svobodné právo,“ v němž je v kogentní, nové formě znovuzrozeno přirozené právo. Dále poukazuje na konstrukce a fikce, které ortodoxní právníci používají na to, aby ze zákona vyvodili správné rozhodnutí k otázkám, k nimž zákon ve skutečnosti obsahuje mezery (681).⁹² Právě na vyplňování mezer v právu pak míří důraz celého manifestu v jeho samotném závěru. „Veškerý pokrok právního vývoje v posledku závisí na kulturní úrovni soudců,“ otvírá Kantorowicz předposlední odstavec. Byla to právě kulturní⁹³ úroveň soudců (po osvícenství a karteziánském rozvoji věd), která umožnila upustit od formalistické důkazní teorie a přejít k volnému hodnocení důkazů. A stejně tak umožní rozvoj kulturní úrovně soudců, aby nemuseli právní pravidlo dolovat prostřednictvím fikcí, konstrukcí a interpretací, ale aby jej vytvořili vlastní probuzenou vůlí (Kantorowicz Carter 2006: 683-4). Závěrečný odstavec opět odcitujeme:

„Uzavřeli jsme totiž devatenácté století, onen věk nedokonalosti a kompromisu, a postupujeme do dvacátého, které – neklamou-li nás jeho znamení, bude stoletím citu a vůle v umění, ve vědě i v náboženství. Z ruin tortury povstalo triumfálně, a k velkému zděšení lidí bez odvahy,

⁹¹ V anglickém překladu autorova syna: „The prevailing conception of the ideal jurist is as follows: a high ranking civil servant with academic training, he sits in his cell, armed only with a thinking machine, naturally of the finest type. The only furniture is a green table on which he has the Code. Present him with any case you like, real or imaginary, and he will be able, in accordance with his duty and purely with the aid of logic and a secret technique that only he understands, [note that the Italian Edition omits the phrase "and with absolute precision"], to point out the decision intended in the Code and foreseen by the legislator.“ (Kantorowicz Carter 2006: 678-9).

⁹² „Dostávají“ je ze zákona podobně jako se mučením dostává přiznání z vyslýchaného (Kantorowicz Carter 2006: 681).

⁹³ Kulturou Kantorowicz samozřejmě nemyslí něco ve smyslu umění, ale obecnou vzdělanostní úroveň.

volné hodnocení důkazů, pýcha dnešních dnů; z ruin dogmatismu povstane, ke zděšení neosvícených, **VOLNÁ TVORBA PRÁVA!**“⁹⁴

Jak vidět, manifest rozhodně nebyl žádným poklidným čtením. Navíc proto, že vyšel pod pseudonymem, budila pozornost i snaha o odhalení jeho skutečného autora. S tím však Kantorowicz, i s ohledem na svou další kariéru (v době vydání mu ještě nebylo ani třicet), nijak nespěchal. Manifest však nakonec nesplnil ani svůj účel – tedy způsobit zásadní proměnu práva a právní vědy. Když pak Kantorowicz při svém krátkém pobytu v USA píše (v této práci již zmiňovaný) kritický článek k americkému právnímu realismu, cítí nutnost na konec intenzivní kritiky uvést uznání toho, že realisté v USA začali skutečně dělat to, co on doma s kolegy pouze plánoval (Kantorowicz 1934: 1252).

Hnutí volného práva nezůstalo pouze u manifestu a výrazně vstoupilo i do německého právněvědeckého diskurzu své doby. Jeho skutečné domácí výsledky však byly drobné, pokud vůbec nějaké (a nutno dodat, že i Radbruch, který Kantorowiczovi s manifestem pomáhal, pak z hnutí poněkud vypadl a jeho *Rechtsphilosophie* z roku 1932 je dílem pevně zakotveným v pozitivistické tradici), lze proto říct, že jeho nejvýraznějším důsledkem byl jeho vliv na jiná reformní hnutí v právu, včetně amerického právního realismu.⁹⁵ I ten je přitom spíše skrytý – na

⁹⁴ V anglickém překladu autora syna: „For now that we have completed the 19th century, that age of imperfection and compromise, we are advancing towards a 20th which, if the signs do not deceive us, will be a century of feeling and will in art, in science and in religion. From the ruins of torture there arose triumphantly, and to the dismay of those lacking in courage, **Free Evaluation of Evidence**, the pride of the present day; from the ruins of dogmatism there will arise, to the dismay of the unenlightened, the **FREE CREATION OF LAW!**“ (Kantorowicz Carter 2006: 684, zdůraznění v originálu).

⁹⁵ Důkladně se tomuto vlivu a paralelám mezi realisty a příslušníky tohoto hnutí věnuje článek dvou houstonských právníků z akademie i praxe (Herget a Wallace 1987). Příznačné je, že ani oni nepočítají mezi příslušníky hnutí svobodného práva Radbrucha, naopak k němu počítají i Ehrlicha (který byl spíše jeho ideovým otcem) a Francouze Géného (o němž lze říct v zásadě totéž, navíc s výhradou jiného jazyka a intelektuálního prostředí vůbec).

Je nutno si také uvědomit, že Ehrlich byl, na rozdíl od nepochybných členů volnoprávního hnutí, co do zaměření svého odborného zájmu spíše právním sociologem než teoretikem či praktikem, a to přesto, že byl profesorem římského a občanského práva (volnoprávní a právněsociologickou školu rozlišuje i Kubeš in Weinberger, Kubeš a Kosek 2003: 9). K roli Ehrlicha ve volnoprávním hnutí se v předmluvě k anglickému překladu jeho *Základních zásad sociologie práva* vyjadřuje i Klaus Zeigert. Zdůrazňuje, že jeho myšlenka volného práva narazila u ortodoxní německé právní

volnoprávníky často odkazoval Pound, občas Gray či Cardozo, samotní realisté však spíše zřídka, ač jejich inspirace tímto evropským (německým) hnutím byla poměrně zjevná i v konkrétních tématech (Martin 1997: 22).⁹⁶

Shrňme si tedy alespoň jeho hlavní teze, které jinak různorodá díla jeho příslušníků spojují. První je nedůvěra vůči tradičním a pojmovým metodám interpretace a odmítání autonomie právního systému. Druhou tezí je iluzornost jistoty v právu – sylogistická argumentace pouze zpětně zakrývá skutečné důvody rozhodnutí, předvídatelnosti soudního rozhodování by v tomto směru pomohla spíše větší upřímnost. Třetí tezí je, že funkce soudce je kreativní: je jeho volbou, zda svou argumentaci skryje za zdřevěnělou dogmatiku nebo ji odhalí a k spravedlivému výsledku dojde s pomocí svobodného práva vycházejícího z obecného povědomí. Čtvrtou tezí je nutnost, aby soudci a právní vědci zaměřili svou pozornost na skutečné zdroje soudních rozhodnutí mimo formální právo, a to i s pomocí jiných humanitních a společenských věd. Poslední pátou tezí je nutnost příslušné reformy a přepracování právnického vzdělávání (Herget a Wallace 1987: 416-7). Odraz všech těchto tezí nalezneme i v americkém právním realismu. Největším rozdílem ve východiscích mezi oběma směry tak zřejmě je trochu více idealismu v evropském hnutí (Bechtler 1978: 34).

François Géný

Mezi příslušníky hnutí volného práva bývá někdy počítán i francouzský právní teoretik F. Géný (1861-1959)⁹⁷ (například Martin 1997:22, Herget a Wallace 1987: 409-11, 453), byť byl, a to zejména z jazykového hlediska, spíše jeho inspirátorem a vzorem,⁹⁸ a období aktivity volnoprávního hnutí dokonce přesáhl (Bix 2004: 78). Ve

akademie na odpor a zabránila většímu vlivu jeho (jinak mnohem snáze akceptovatelné) sociologie práva na právní vzdělávání. Mnohem větší ohlas tak vzbudil v zámoří a ve Skandinávii (Ehrlich 2002: xxv).

⁹⁶ Podrobnější pohled na vztah H. Kantorowicze a amerického právního realismu nabízí studie V. G. Curran, ta se ale rovněž zaměřuje spíše na Kantorowiczovu kritiku než studium reálných vlivů (Curran 2001a: 70an.).

⁹⁷ I překlad jedné jeho statě je součástí již zmiňované prestižní americké publikace z roku 1917 (Géný 1917).

⁹⁸ Kantorowicz se prý Llewellynovi svěřil, že by dal cokoli za to, kdyby byl autorem Géného Metody (Llewellyn 1960: 422, pozn. 46).

svých dílech, zejména v knize *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899, 2. vyd. 1919), prokázal, že ani aplikace napoleonského Code Civil francouzskými soudy nedává automatické odpovědi na právní otázky, ale nutí soudce k tomu, aby v zájmu uspokojivého fungování justice zohledňovali sociální faktory a jiné hodnoty.

Ve svém stěžejním díle, opusu *Science et technique en droit privé positif* (4 sv., 1914-24), pak zavedl rozlišení mezi právní technikou, jakožto znalostí „mechaniky“ právních pravidel, a právní vědou, které zahrnuje porozumění mimoprávním hodnotám, které do právního prostředí vstupují. Tento „sociologický materiál“ tvoří danosti (*donnés*)⁹⁹, zatímco právní pravidla, která zde působí, jsou pouhými konstrukty (*construits*). Tvorba i aplikace práva si pak vyžadují důstojné místo pro tyto danosti, ovšem bez jeho nadbytečné formalizace pravidly a normami. Vodítkem k tomu, jak by adekvátní formalizace tohoto „důstojného místa“ mohla vypadat, nám dává první článek švýcarského občanského zákoníku, jehož formulaci Gényho učení přímo ovlivnilo (Kelly 1992: 362-3). V jeho odstavci 2 se uvádí: „Neexistuje-li uplatnitelné ustanovení zákona, rozhodne soud podle obyčejového práva, a neexistuje-li obyčej, rozhodne podle pravidel, která by zavedl, měl-li by konat jako zákonodárce.“¹⁰⁰

Právě důraz na překonávání mezer v právu soudcovskou tvorbou práva (respektive na uznání existence mezer v právu vůbec), a to při zohlednění sociologických poznatků (Martin 1997: 22) je asi nejvýraznějším pojítkem mezi dílem F. Gényho a volnoprávním hnutím, které inspiroval. A právě citovaný druhý odstavec prvního článku švýcarského občanského zákoníku z roku 1907 je rozhodně nejvýraznějším, zřejmě ale také jediným reálným plodem jejich společného úsilí, který v evropském právním myšlení přetrval do dnešních dnů.

⁹⁹ Gény rozlišuje danosti konkrétní fyzické reality (*le donné réel*), historické danosti (*le donné historique*), rozumové danosti (*le donné rationnel*) a danosti spojené s aspiracemi společnosti (*le donné idéal*). Kategorie daností je tedy mnohem širší než to, co běžně chápeme jako fakta (Kelly 1992: 363).

¹⁰⁰ „A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.“ (čl. 1 odst. 2 švýcarského občanského zákoníku). Podobný záměr se v §10 odst. 2 nového českého občanského zákoníku (zák. č. 89/2012 Sb.) dosti ztrácí.

V Evropě počátku 20. století však existovalo ještě jedno právní reformní hnutí, které sice mělo na americký právní realismus jenom malý, pokud vůbec nějaký vliv, a i v příslušné americké diskusi bývá zmiňováno pouze nahodile a okrajově (např. Pound 1931: 702), mělo s ním však i přes rozdílné přístupy podobná východiska a do diskuse o právním formalismu rozhodně patří.¹⁰¹ Tímto hnutím, či spíše již opravdovou školou, je ryzí nauka právní neboli normativismus.

Jejím spoluzakladatelem a vůdcem byl, jak známo, Hans Kelsen (1881-1973), tedy mladší generační souputník Kantorowicze a Radbrucha. Narodil se v Praze, záhy se však rodina přestěhovala do Vídně, kde jako spolužák ekonoma Ludwiga von Misesa absolvoval gymnázium. Vystudoval právo a v roce 1906 získal doktorát prací na téma *Teorie státu Danteho Alighieriho*. V roce 1908 krátce studoval v Heidelbergu, kde byl jeho profesorem G. Jellinek. Habilitoval se v roce 1911 prací *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, a až do roku 1930 působil na Vídeňské univerzitě jako profesor ústavního a správního práva. Aktivně se podílel na tvorbě rakouské ústavy z roku 1920 a až do roku 1929 byl taktéž soudcem rakouského ústavního soudu. To se již situace v zemi začala zhoršovat, Kelsen odchází učit do Kolína nad Rýnem, i toto místo však musí v roce 1933 pro svůj židovský původ opustit. Odchází do Ženevy a do roku 1940 působí na tamním Univerzitním institutu vyšších mezinárodních studií, přičemž do roku 1939 občas přednáší i v Praze. V roce 1940 opouští Evropu nadobro a s výjimkou občasných návštěv se do ní až do smrti nevrátí. V USA, kam emigroval, učil nejdříve na Harvard Law School, pote na Kalifornské univerzitě v Berkeley, zde již ale na katedře politologie. V Berkeley získal v roce 1945 profesuru a žil zde až do smrti (Jablonec 2000: 67-8).

Jeho ryzí nauka je v našich poměrech sice známá po jménu, kromě obligátní pyramidy norem a (obvykle spíše nepochopeného) pojmu *Grundnorm* je však

¹⁰¹ Roberto Unger, s nímž se ještě setkáme, uvádí Kelsena a ryzí nauku právní ve své první knize jako jednu s alternativ vůči formalismu (Unger 1975: 308, pozn. 32).

vlastně takřka neznámá co do svého obsahu.¹⁰² Uveďme tedy alespoň její základní teze:

Ryzí nauka právní je především teorií o normách, tedy o tom co býti má – nikoli deskripcí faktů. Je nutno ji tak přísně oddělovat od právní sociologie, jejíž význam ale Kelsen rozhodně nepopíral, spíše naopak,¹⁰³ a současně odmítá jakékoli teorie spojující platnost právních norem s jejich (sociální) efektivitou. Dále je ryzí nauka právní pozitivistickou teorií v tom smyslu, že popírá všechny variace přirozenoprávních teorií – účelem normativní právní vědy má být zjistit co nejpresněji úmysl zákonodárce. Relativizuje též morální obsah pozitivního práva – i nehumánnímu právnímu systému je potřeba rozumět, byť i jenom kvůli možnosti úniku z něj. Ryzí nauka právní taktéž přísně odděluje právní nauku, zaměřenou na poznání a popis, a politiku, zaměřenou na tvorbu a formaci práva, a odlišuje také pozitivní právo s preskriptivními právními normami od právní vědy s deskriptivními právními tezemi. Celkově vzato tak ryzí nauka právní plní dvojí funkci: je to jednak právnícká metoda, jednak kritika běžné právní vědy, kterou Kelsen obviňoval z ideologického narušování a zamlžování pozitivního práva pod rouškou právních konstrukcí (Jablonek 2000: 68-9).

Tyto teze jsou dobře patrné i v textu, kterým Kelsen do diskuse o formalismu v právu přispěl nejexplicitněji a který jako jeden z nemnoha jeho textů vyšel i v českém překladu, a to záhy po své originální německé publikaci. Tímto textem je článek *Juristický formalismus a ryzí nauka právní* z roku 1929 (Kelsen 1929, anglický překlad in Jacobson a Schlink 2000: 76-83), a Kelsen zde reagoval na nařčení z „formalismu,“ která se na ryzí nauku právní snášela ze všech stran – od

¹⁰² I pro tuto práci by bylo mnohem pohodlnější na tomto místě jednoduše odkázat na jakýsi přehledný „úvod do Kelsena.“ Nejblíže k tomu mají některé příspěvky ve sborníku z konference věnované odkazu Weyra a Kelsena z roku 2001 (Machalová 2003), i vzhledem k (ne)rozšířenosti této knížky (ostatně vyšla v nákladu 80 kusů, přičemž jenom autorů v ní uvedených statí je 27...) je však vhodnější základní teze Kelsenovy ryzí nauky právní shrnout i zde.

¹⁰³ Do sociologie práva Kelsen dokonce přispěl monograficky, a to svým dílem *Vergeltung und Kausalität: Eine soziologische Untersuchung* z roku 1941, které vyšlo i v anglickém překladu jako *Society and Nature* v roce 1943. V něm zajímavým a podnětným způsobem nachází v moderním vědeckém pojmu kauzality rezidua staršího principu retribuce (Jablonek 2000: 69-70). Renato Treves zase uvádí, že Kelsen patří mezi badatele, kteří nejvíce přispěli k uchopení povahy a omezení sociologie práva (Treves 1985: 17).

konzervativců kvůli jeho „liberalismu,“ i od marxistů kvůli jeho „fašismu“ (Jablonec 2000: 70). I zde Kelsen hájí povahu ryzí nauky právní: „není nic jiného a nechce ničím jiným být než takovouto *teorií pozitivního práva*. Nechce zodpovědět otázku po správném právu (*richtiges Recht*), aniž by tím však chtěla něco vypovídati o dignitě této otázky“ (Kelsen 1929: 164, kurzíva v originálu). Jako taková je tedy „především obecnou naukou právní,“ která právní vědě a praxi „dodává pojmové nástroje,“ jimiž může být „ohromná spousta pozitivněprávní látky noeticky zvládnuta.“ A právě „jako každé poznání musí také poznání práva svůj předmět formalisovati“ (165).

Následně zdůrazňuje svůj kritický postoj k starší pozitivistické tradici, kterou nazývá (spíše posměšně) pojmovou jurisprudencí, proti které zdůrazňuje, že „právní věda nemůže být *pramenem práva*, že vyvozování právních *norem z právních pojmů* znamená holé přirozené právo, že z poznávání pozitivního práva, pokud zůstává toto poznávání ve svých mezích, nelze získati ani puntík nového práva“ (166). Zdůrazňuje, že na rozdíl od této tradice ryzí nauka právní striktně odděluje právo od politiky: „V tom právě spočívá v podstatě její ‚ryzost,‘ že chce pouze poznávati, nikoliv chtíti, že chce býti vědou, nikoliv politikou.“ Je přitom s podivem, že právě pro toto striktní oddělování bývá viněna z formalismu, ačkoli „právě tato její tendence chrání ji před oním formalismem, který právem odmítán bývá jako pojmová jurisprudenc“ (166). V nařčení z formalismu tak Kelsen vidí pouze zklamání nad tím, že ryzí nauka právní nedává odpovědi na otázky, které si zcela programově ani neklade (167).¹⁰⁴ Kelsen přitom, jak jsme uvedli již výše, rozhodně nezpochybňuje důležitost těchto otázek, a i sám se k otázkám politického charakteru opakovaně vyjadřoval – vždy však z pozice Kelsena-občana, nikoli Kelsena-vědce (167-8).¹⁰⁵

¹⁰⁴ „Ale jak vyjádříme svou nespokojenost s tím, že studiem ryzí nauky právní nelze se dozvědět, co jest ten ‚pravý‘ stát a to ‚správné‘ právo, že v ryzí nauce právní nenacházíme žádné ospravedlnění svého politického ideálu, t. j. určitým zájmům hovícího utváření sociálního řádu, jak vyjádříme své zklamání nad tím, že ryzí nauka právní nejen nedodává nám žádnou upotřebitelnou ideologii — ani pravičáckou ani levičáckou, — nýbrž že dokonce potírá každou vědu, která takovou ideologii dává k dispozici ? Velice jednoduše: *Prohlásíme ryzí nauku právní za formalistickou!*“ (Kelsen 1929: 167, kurzíva v originálu).

¹⁰⁵ „Je proto omyl, když ryzí nauka právní pokládána jest za výběžek liberálně-individualistické teorie právního státu, za politický demokratismus a pacifismus.“ (Kelsen 1929: 167); „Zabývá se vědou

Pokud jde o formalismus v zákonodárství, rozumí jím Kelsen zákonnou vázanost na jistou, předem určenou formu, přičemž nežádoucím je pouze tehdy, odporuje-li jistým oprávněným zájmům. Že by byla ryzí nauka právní formalistická v tomto směru, to Kelsen zcela vylučuje, neboť tato nauka se snaží o pochopení, nikoli souzení zákonodárství, a snaží se chápat jeho formalistickou i neformalistickou podobu (207). Na výtku ve vztahu k formalismu v interpretaci práva Kelsen stroze odpovídá, že až donedávna se ryzí nauka právní interpretací práva nezabývala vůbec (208-9).¹⁰⁶ Zdůrazňuje však, že i v aplikaci práva soudy a správními úřady vidí ryzí nauka právní tvorbu práva, a že právě „prohloubením poznatku o *stupňovitosti právního řádu* jakožto první teoreticky fundovala jednu z nejhlavnějších zásad školy volnoprávní: t. j. tvrzení, že t. zv. výkon zákonů soudy a správními úřady jest pravou *tvorbou* práva“ (209, kurzíva v originálu). Ryzí nauka právní vidí v právních předpisech „pouhý rámec, který normotvornou činností soudní a správní teprve musí býti vyplněn,“ přičemž právní předpisy umožňují „zpravidla několik různých individuálních norem, t. j. rozhodnutí nebo opatření“ (209). Kelsen pokračuje nebývale ostře:

„...uvědomujeme si, že názor, jakoby v konkrétním případě bylo jen jedno jediné rozhodnutí nebo opatření možné, t. j. „správné,“ jest illusí, vytvořenou teorií z toho důvodu, aby v občanstvu, jež hledá své právo, vznikl pocit právní jistoty a v orgánu, právo nalézajícím, vědomí co nejsilnější vázanosti.“ (Kelsen 1929: 209)

neznamená ovšem zříkati se politických úsudků hodnotných, zavazuje jen k tomu, abychom jedno od druhého, t. j. poznávání od chtění, odlišovali.“ (Kelsen 1929: 168). Podobný přístup zaujímal ostatně i Max Weber (Weber 1954: xxxvi).

¹⁰⁶ V českém prostředí lze odkázat na článek Zdeňka Neubauera z roku 1931, v němž odlišuje interpretaci práva jako součást (ryzí) právní vědy a aplikaci práva jako součást právní praxe, která musí ve větší či menší míře zohledňovat i „metajuristické“ úvahy (Neubauer 1931). Nutno přitom dodat, že navzdory názvu se v této stati Neubauer věnuje spíše vlastní normativní právní teorii (jakožto „gramatice právního myšlení“, 538) než interpretaci a aplikaci práva, a že jeho oddělení interpretace a aplikace práva sice odpovídá normativistické snaze o „čistotu“ právní vědy, nelze jej však bez výhrad považovat za tezi sdílenou všemi normativisty.

Ryzí nauku právní tak problematika interpretace zajímá „v míře nepatrné“ – i při aplikaci práva jde totiž z jejího pohledu o tvorbu práva, které ona nemá ambici hodnotit, ale pouze poznávat. Právní rozhodování je výběrem z možností daných mezemi práva, a „výběr nemůže se státi aktem *poznávacím*, nejméně arciť poznáním zákona, nýbrž *aktem volním*, který nelegitimuje se nijak pouze svým vztahem k zákonu“ (210).¹⁰⁷ Myšlenka, že by bylo možno „vědecky“ určit „nejlepší“ či „správné“ rozhodnutí na základě zákona, je stejně mylná jako představa možnosti vědeckého určení správného obsahu zákonů. Kelsen tak opět zdůrazňuje, že výtkou formalismu se vůči ryzí nauce právní snáší zejména proto, že „odmítá řešiti problémy, jejichž řešení prostředky, jimiž [jako] věda disponuje, musí zůstatí věčně nemožné“ (210). Na základě toho všeho na závěr konstatuje, že to není „*věda*, která proti ryzí nauce právní útočí výtkou formalismu, nýbrž *politika*,“ která se ji jako každou vědu snaží udržet v područí své moci (211).

Max Weber

Posledním významným evropským přispěvatelem do diskuse o formalismu v právu, a do jisté míry také inspirátorem amerického právního realismu, který nám tuto diskusi pomáhá sledovat, není nikdo menší než Max Weber (1864-1920). Vzděláním byl sice právník, svou vědeckou pozornost však zaměřil takřka výhradně na sociologii, mezi jejíž zakladatele se počítá. Jeho dílo je ovšem enormní a jeho dosah, zejména na počátku 20. století, jenom stěží odhadnutelný, neboť o co těžkopádnější jsou některá jeho písemná díla, o to brilantnější prý býval za svého života, již v 56 letech ukončeného španělskou chřipkou a zápallem plic, rétořem a přednášejícím (Weber 1954: vii).¹⁰⁸ Pro námi sledovanou diskusi jsou z tohoto opravdu enormního díla důležité zejména dva prvky.

¹⁰⁷ V případě mezery v zákonu lze rozhodnutí odůvodnit pouze „odvoláním se na jiné normy než na normy pozitivního práva,“ přičemž „ne jinak má se věc se zákonodárstvím, které, pokud není vázáno ústavou, může se legitimovati pouze poukazem na morálku nebo spravedlnost“ (Kelsen 1929: 210)

¹⁰⁸ Anglický překladatel jeho nedokončeného veledíla *Wirtschaft und Gesellschaft* uvádí, že v posledních letech jeho života chodilo na jeho mnichovské přednášky přes tisíc studentů (Weber 1954: xxxvi) – a to dávno před nahlížením na vysokoškolské studenty prizmatem podílu z populačního ročníku.

Tím prvním je Weberova typologie právního myšlení, pocházející z jeho nedokončeného díla *Ökonomie und Gesellschaft*.¹⁰⁹ Weber zde rozlišuje čtyři typy právního myšlení, a to podle jeho formálnosti (nakolik se používají kritéria vlastní systému práva a rozhoduje na základě pouze právních či také mimoprávních úvah) a racionality (podle obecnosti pravidel a systematizace právního řádu). Tak rozlišuje (1) neformálně iracionální systémy, v nichž se rozhoduje ad hoc, na základě okolností daného případu, a bez formálně zavedeného souboru pravidel či způsobu rozhodování; (2) formálně iracionální systémy, kam řadí primitivní právní postupy, v nichž je rozhodování založeno na božím soudu či věštbě; jsou formální proto, že používají přesně dané postupy a znají formalizované právo, iracionální proto, že toto právo se opírá pouze o autoritu jeho tvůrce, která je často nadpřirozená, nikoli o svou vnitřní kvalitu či efektivitu; (3) neformálně racionální systémy, v nichž existuje racionální způsob tvorby práva, to však je utilitární, zaměřeno na vnější (často náboženské) cíle a je s dosahováním těchto cílů pevně svázáno; do této skupiny řadí také systém common law; (4) formálně racionální systémy, kam řadí moderní kontinentální právní řády (které tudíž nadřazuje nad systémy common law); formální a racionální proto, že rozhodnutí vycházejí výhradně z racionální a jednotné aplikace komplexního souboru pravidel specializovanými institucemi formalizovaným postupem (Tamanaha 2001: 37-8, Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 182-3).

Pro ilustraci prvního z těchto typů používá Weber (v zásadě ale pouze na několika místech) obratu „kádiovská justice,“ odkazujícího na muslimského soudce a jeho způsob rozhodování. Tento pojem si prý vypůjčil od svého bývalého kolegy¹¹⁰ na „přiléhavé“ označení neformálních rozsudků, které se neopírají o analogie a precedenty (ty nazývá empirickou justici), ale pouze o konkrétní etické či jiné praktické úvahy (Weber 1968: 976). A pokračuje:

¹⁰⁹ V den Weberova úmrtí uprostřed akademického roku byly z celého díla dokončeny a připraveny do tisku pouze některé části první části. Zbytek díla byl v různých stádiích rozpracovanosti, od téměř dokončených kapitol po pouhé poznámky (Weber 1954: xxxvii). I proto si tuto typologii, která rozhodně není pro tuto práci stěžejní, představíme s pomocí sekundárních pramenů a komentářů.

¹¹⁰ Podle editorů anglického překladu odkazuje Weber na článek R. Schmidta z roku 1908 (Weber 1968: 1003).

Kádiovská justice nezná vůbec žádná racionální „pravidla rozhodování,“ a stejně tak empirická justice čistého typu nepoužívá žádná zdůvodnění, která bychom v našem smyslu slova mohli označit za racionální. Konkrétní hodnotící charakter kádiovské justice může vést až k prorockému odtržení se od veškeré tradice. Empirická justice může naopak vysublimovat a zracionalizovat se do podoby jakési techniky. Jelikož nebyrokratické formy dominance vykazují zvláštní koexistenci přísného tradicionalismu s libovůlí a diskrecí panovníka, kombinace a přechodné formy mezi oběma principy jsou velmi časté.¹¹¹

Na jiném místě však omezenost svého příměru přiznává explicitně a uvádí, že v případě kádiovské justice jde o obrazný příměr – historicky reálný kádí rozhoduje na základě posvátné tradice a její interpretace, která je často velice formalistická.¹¹² A nejasností kolem tohoto příměru je ještě víc. Obraz kádího sedícího pod palmou a rozhodujícího právní spory dle své libovůle, který je obvyklým zesměšňujícím synonymem pro justici nevázanou pravidly,¹¹³ bývá spojován právě s Maxem

¹¹¹ V anglickém překladu: „Kadi-justice knows no rational ‚rules of decision‘ (Urteilsgründe) whatever, nor does empirical justice of the pure type give any reasons which in our sense could be called rational. The concrete valuational character of Kadi-justice can advance to a prophetic break with all tradition. Empirical justice, on the other hand, can be sublimated and rationalized into a ‚technique.‘ Since non-bureaucratic forms of domination display a peculiar co-existence of strict traditionalism and of arbitrariness and lordly discretion, combinations and transitional forms between these two principles are very frequent.“ (Weber 1968: 976).

¹¹² Opět citujme anglický překlad: „The specific form of charismatic adjudication is prophetic revelation, the oracle, or the Solomonic award of a charismatic sage, an award based on concrete and individual considerations which yet demand absolute validity. This is the realm proper of „kadi-justice“ in the proverbial, not the historical sense. For the adjudication of the (historical) Islamic kadi is determined by sacred tradition and its interpretation, which frequently is extremely formalistic; rules are disregarded only when those other means of adjudication fail. Genuine charismatic justice does not refer to rules; in its pure type it is the most extreme contrast to formal and traditional prescription and maintains its autonomy toward the sacredness of tradition as much as toward rationalist deductions from abstract norms.“ (Weber 1968: 1115).

¹¹³ Zcela ilustrativně lze citovat slavný dissent jednoho z realistů, Felixe Frankfurtera: „This is a court of review, not a tribunal unbounded by rules. We do not sit like a kadi under a tree dispensing justice according to considerations of individual expediency.“ (*Terminiello v. Chicago* [337 U.S. 12 (1949)]). V podobném duchu se ale Frankfurter na kádího odvolává již v roce 1916 (Frankfurter 1916: 683).

Weberem, dokonce mu bývá připisována zásluha za „popularizaci“ tohoto příměru (Klabbers 2007: 294). Weber sám přitom, jak jsme již uvedli, tento pojem připisuje svému kolegovi – a editoři pak článku z roku 1908. Již o tři roky dříve však uprostřed amerických prérií zaznívá přednáška R. Pounda, který do protikladu k soudci vázanému právem klade právě kádího u městských bran rozhodujícího podle stavu svého zažívání (Pound 1905: 21).¹¹⁴ Přitom právě Poundovi tento příměr připisuje i němčiny (a Webera) znalý Llewellyn (Llewellyn 1940: 1369), a satirické používání obrazu kádího lze nalézt i v řeči poslance anglického parlamentu z roku 1828 (Colburn 1828: 16), tudíž i Pound jej zřejmě pouze převzal z obecného povědomí či intelektuální tradice. Faktem ale zůstává, že až Weber dal tomuto obrazu pozitivní deskriptivní obsah, jakkoli u vědomí toho, že je vůči realitě nepřiléhavý.

Exkurs: Skandinávský právní realismus

Do přehledu vztahu amerického právního realismu k Evropě nepochybně patří i skandinávská škola podobného jména, jakkoli ji jenom stěží lze považovat za inspirátora amerického právního realismu¹¹⁵ či významného přispěvatele do diskuse o formalismu v právu. Jenom pro úplnost si tedy zde uvedeme její hlavní představitele a myšlenky.

Školu založil Axel Hägerström (1868-1939), docent a později profesor praktické filosofie na univerzitě v Uppsale ve Švédsku. Jejimi dalšími význačnými členy byli jeho žáci Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955), profesor práva na univerzitě v Uppsale, Alf Ross (1899-1979), profesor práva na Kodaňské univerzitě, a Karl Olivecrona (1897-1980), profesor práva na Lundské univerzitě ve Švédsku. Podobně jako americký právní realismus byla do jisté míry reakcí na nadměrnou formalizaci právní vědy, která zamlžuje reálné fungování právního systému, a snahou o reálné založení právního myšlení (Martin 1997: 125).

¹¹⁴ Celá citace v originálu je zde: „all the circumstances of modern life draw us to the strictly legal side, and the judge, bound hand and foot by a code and the maxim that that law is best which leaves least to the discretion of the judge, is our natural goal, not the oriental cadi administering justice at the city gate by the light of nature tempered by the state of his digestion for the time being“ (Pound 1905: 21).

¹¹⁵ Karl Llewellyn sice skandinávské právní realisty prokazatelně četl (Martin 1997: 125), to však zřejmě na americký právní realismus jako hnutí nemělo příliš velký vliv.

Rozdíly však převažují. Skandinávský právní realismus byl důkladně antimetafyzický. Jeho základní kritikou tradiční právní vědy bylo to, že obsahovala nesmyslné, fiktivní metafyzické pojmy, které neodkazují na nic reálného (Martin 1997: 124).¹¹⁶ Tato kritika mu přinesla dva základní úkoly: jednak pomocí historické a logické analýzy odhalit metafyzické předpoklady tradiční právní vědy, včetně magického původu některých právních pojmů; jednak pozitivní úkol nahradit tyto odhalené metafyzické fikce empirickými pojmy bez metafyzické zátěže, a to i pomocí poznatků empirických společenských věd. V odmítání metafyziky v právu byli velmi důslední – uznávali například normativní sílu práva, popírali jenom to, že by tato normativní síla měla jakýkoli metafyzický základ. Právě toto důsledné odmítání metafyziky je nejzákladnějším rozdílem mezi skandinávským a americkým právním realismem – i naoko podobné postoje, které lze u obou směrů nalézt, mají obvykle zásadně odlišné zdůvodnění (Martin 1997: 153-4).

¹¹⁶ Krásnou a čtivou ukázkou tohoto rysu skandinávského právního realismu v přístupném jazyce je článek A. Rosse z *Harvard Law Review* z roku 1957 (Ross 1957). Důkladnější kritiku „bezobsažných pojmů“ jako „subjektivní právo“ pak obsahuje druhé vydání (s prvním z roku 1939 má společný jenom název) Olivecronovy knihy *Law as Fact* (Olivecrona 1971).

I. B. Poválečná obnova, obroda a dekonstrukce

5. Radbruch, Hart a Fuller

Důsledky druhé světové války

Nepochybným zlomem v dějinách 20. století byl vzestup nacismu a druhá světová válka, jakož i z ní následně vyplývající rozdělení světa a Evropy na dva tábory, které spolu i v akademické sféře komunikovaly jenom s obtížemi. Je nepochybné, že tato zlomová doba poznamenala i právní vědu a teorii, a to v několika směrech.

Pokud jde o námi sledovanou diskusi, znamenal vzestup nacismu v Evropě zejména rychlý ústup amerického právního realismu z nově nabytého výsluní. Revoluční teze realistů oslabující tradiční autority práva začaly totiž být spojovány i s nově nastupující hnědou revolucí v Evropě, relativismus začal být považován za služku diktatury, a tak americkou diskusi o uplatnitelnosti tezí realismu neukončilo argumentační vítězství jedné ze stran sporu, ale spíše ústup a mlčení propagátorů realismu a nástup fašistického práva jako vzdálené, přesto až příliš reálné hrozby. Vyhlídka války vracela skeptiky k víře jejich otců (Hull 1997: 248-9).¹¹⁷

O nacistické právní teorii a vědě byly již popsány ohromné stohy papíru, a to nejenom v cizině (k našemu tématu z nedávné doby třeba Curran 2001), ale i v českém jazyce (Knapp 2002), a tato práce nemá ambici přidávat do tohoto stohu další patra. V diskusi, kterou zde sledujeme, se proto posuneme do poválečného

¹¹⁷ Nutno dodat, že na rozdíl od pozdějšího nástupu hnutí Critical Legal Studies a sporů s ním spojených neměl tento ústup právního realismu zásadnější vliv na kariéru a živobytí jeho protagonistů, byť obava z rozhněvání mocného (ex) děkana Harvardu za mlčením některých z nich stála (Hull 1997: 247). V USA tehdy vládli demokraté a F. D. Roosevelt a v různých novovzniklých správních úřadech („agenturách“) našli uplatnění mnozí čelní realisté – například Jerome Frank vystřídal v 30. letech několik správních úřadů, přičemž posledním z nich byl Securities and Exchange Commission (tedy jakási Komise pro cenné papíry), kde byl v letech 1939-41 i předsedou. Posléze byl jmenován federálním odvolacím soudcem (Duxbury 1991a: 176).

období a podíváme se nejdříve na reakce, které nacismus, jak byl po válce vnímán, v právní vědě vyvolal.

Gustav Radbruch

Exemplárním příkladem této reakce je poválečné dílo Gustava Radbrucha (1878-1949). Setkali jsme se s ním již jako se spoluautorem Kantorowiczova manifestu, který stál u zrodu hnutí volného práva, přesto až do nedávné doby nebyl s tímto hnutím vůbec spojován.¹¹⁸ Právo vystudoval v Mnichově, v roce 1903 se habilitoval v Heidelbergu, kde následně působil jako soukromý docent a mimořádný profesor. Teprve v roce 1919 se stává řádným profesorem trestního práva v Kielu. Za Výmarské republiky byl v letech 1920-4 poslancem Říšského sněmu, ve dvou vládách dokonce i ministrem spravedlnosti. Z politiky se však vrací do akademie, v roce 1926 odchází z Kielu do Heidelbergu, kde dopisuje své hlavní dílo, *Rechtsphilosophie*. Po nástupu Hitlera k moci byl jako první univerzitní profesor propuštěn, a až do konce války mohl akademicky působit jenom s velkými obtížemi – knihy vydával až do anšlusu v Rakousku, v letech 1935-6 mohl rok pobýt v Oxfordu. Jeho šedesáté narozeniny v roce 1938 se prakticky neslaví. Po válce se vrací do Heidelbergu, kde jako první poválečný děkan obnovuje fakultu a univerzitu, byť má již značné potíže s pohybem. Opět publikuje a přednáší, svou *Právní filosofii* doplňuje o některé další texty, již koncem roku 1949 však v Heidelbergu umírá (Seltenreich 2002: 823-6, Hanuš 2009: 579-80).¹¹⁹

Svým poválečným dílem bývá Radbruch řazen mezi apoštoly nového přirozenoprávního myšlení (Kelly 1992: 418). Podle jiných komentátorů však pozornější čtení ukazuje, že nejde o zásadní přehodnocení jeho předchozího pozitivistického přístupu, ale pouze o změnu dílčích parametrů a důrazů v jeho

¹¹⁸ Mezi volnoprávníky jej neřadí ani shrnující studie vlivu tohoto hnutí na americkou právní vědu (Herget a Wallace 1987), ani žádná z krátkých českých biografií z nedávné doby (Seltenreich 2002, Hanuš 2009). Spojení Radbrucha s volnoprávním hnutím odhaluje až Kantorowiczův syn ve svém (zde již zmiňovaném článku z roku 2006

¹¹⁹ Zachováváme tradici této práce a i u Radbrucha uvádíme krátký medailónek, který jeho život a dílo uvádí do historického kontextu, ačkoli jsou v češtině dostupné jeho důkladnější biografie časopiseckého formátu, z nichž čerpáme (Seltenreich 2002, Hanuš 2009). Druhá uvedená obsahuje jako přílohu i překlad dvou Radbruchových statí.

myšlení. Již v původním vydání své *Právní filosofie* z roku 1932 totiž Radbruch uvádí, že základem práva je snaha o dosažení „ideje práva“, tedy spravedlnosti. Idea spravedlnosti jako rovnosti však pojem práva nevyčerpává, a tak k ní Radbruch přidává dva další prvky – účelnost a právní jistotu. Žádnou hierarchii mezi těmito prvky otevřeně nezavádí, přesto lze z původního textu usoudit, že nejdůležitějším z těchto tří pilířů práva je pilíř právní jistoty (Haldemann 2005: 165). Jeho pozdější dílo pak ve světle 12 let nacistické vlády pouze přesouvá důraz a v pomyslné hierarchii nad právní jistotu mírně nadřazuje spravedlnost (Haldemann 2005: 167). Dle jiných je ale tento posun spíše korekcí předchozí chyby (Paulson 1995: 493-4).

Jádrem tohoto poválečného Radbruchova díla je jeho stať z roku 1946 nazvaná *Zákonné neprávo a nadzákonné právo* (Radbruch 1946).¹²⁰ V ní se (místy velmi tvrdě) vypořádává s německým právním myšlením za nacistické vlády. Hned na úvod zde uvádí, že nacismus si právníky připoutal zásadou „zákon je zákon“, podobně jako vojáky tezí „rozkaz je rozkaz“. Na rozdíl od ní však ta právnická neznala žádné výhrady. Byla „výrazem pozitivistického právního myšlení, které po mnoho desetiletí ovládalo německé právníky skoro bez jakýchkoliv projevů odporu“ (Radbruch in Hanuš 2009: 583). „Zákonné neprávo tudíž bylo, stejně jako nadzákonné právo, protimluvem“ (583), přesto se v poválečném Německu objevují soudní řízení a rozhodnutí, kterými se „z hlediska zákonného nepráva a nadzákonného práva započal vést boj proti pozitivizmu“ (584). Radbruchovo obvinění je příkré:

„Pozitivismus svým přesvědčením ‚zákon je zákon‘ učinil německý právnický stav skutečně bezbranným proti zákonům svévolného a zločinného obsahu.¹²¹ Přitom pozitivismus vůbec není s to odůvodnit platnost zákonů svou vlastní silou. Věřící, že platnost zákona prokázal již tím, že (zákon) disponoval mocí se prosadit. Ale na moci lze zakládat snad to, co musí být, ale nikdy, co být má a platnost. To lze spíše založit toliko na hodnotě tkvící v zákonu.“ (584)

¹²⁰ Její český překlad vyšel jako příloha biografie z pera L. Hanuše (Hanuš 2009: 583-5).

¹²¹ Toto tvrzení však bývá zpochybňováno (např. Haldemann 2005: 165).

Zdůrazňuje, že bez ohledu na obsah zavádí každý pozitivní zákon přinejmenším jednu hodnotu, a to právní jistotu. K ní se však pojí ještě další dvě – účelnost a spravedlnost -, přičemž právní jistota mezi nimi „zaujímá podivuhodnou středovou pozici“ (584). Přitom tam, „kde vzniká rozpor mezi právní jistotou a spravedlností (...) jde ve skutečnosti o konflikt spravedlnosti se sebou samotnou, totiž o konflikt mezi zdánlivou a skutečnou spravedlností,“ (584) který lze vysledovat již v Bibli. Řešení tohoto rozporu navrhuje ve formě, která se později proslavila jako Radbruchova formule.¹²² Uveďme ji v překladu Libora Hanuše:

„Konflikt mezi spravedlností a právní jistotou patrně lze řešit jen tak, že pozitivní právo, zajišťované předpisy a mocí, má přednost i tehdy, pokud je obsahově nespravedlivé a neúčelné, to ovšem vyjma případu, kdy rozpor mezi pozitivním zákonem a spravedlností dosáhne tak nesnesitelné míry, že zákon jako ‚nesprávné (nepatřičné) právo‘ musí spravedlnosti ustoupit. Je nemožné vést ostřejší dělicí čáru mezi případy zákonného nepráva a zákony platícími navzdory jejich nesprávnému obsahu, odlišné vymezení hranic lze ale provést s veškerou ostrostí: kde se o spravedlnost ani neusiluje, kde byla rovnost vytvářející podstatu spravedlnosti při tvorbě pozitivního práva vědomě popřena, tam není zákon toliko ‚nesprávným právem,‘ nýbrž zcela postrádá právní charakter.“ (584)

Celá Radbruchova formule má tedy dvě části – nesnesitelnost rozporu zákona se spravedlností, a záměrné popření rovnosti při jeho tvorbě. Většího věhlasu a uplatnění se dostalo jenom první části, uplatnitelnost té druhé je totiž výrazně ztížena její značnou subjektivností (Paulson 1995: 491, Haldemann 2005: 166). K samotné Radbruchově stati je pak vhodné ještě poznamenat, že uplatnění této teze

¹²² Tato snad nejslavnější teze evropské právní teorie 20. století byla do češtiny přeložena teprve v roce 2000 v krátké knize P. Holländera (Holländer 2000: 63). Ponechme to bez dalšího komentáře.

považuje za zcela výjimečnou možnost nápravy nepravostí v konkrétní dějinné situaci:

„Musíme doufat, že takové neprávo zůstane jednorázovým poblouzněním a pomatením německého lidu, ale pro všechny možné případy se musíme proti návratu takového neprávnického státu vyzbrojit zásadním překonáním pozitivizmu, který oslabil jakoukoli obranyschopnost proti zneužití nacionálněsocialistického zákonodárství.“ (585)

K těmto Radbruchovým tezím by se mělo říct ještě dvojí.

Za prvé to, že se, obrazně řečeno, mýlil jak co do diagnózy, tak nejspíše i co do předepsané léčby. Z nepřeberného množství studií věnovaných údajně pozitivistické a formalistické povaze nacistického práva (respektive vyvracení toho, že by takovouto povahu mělo) zmiňme jenom čerstvé důsledné shrnutí v českém jazyce, které obsahuje nejnovější kniha Tomáše Sobka (Sobek 2011: 328an.). Sobek přesvědčivě dokládá, že nacistické právo neslo výrazné rysy přirozeného práva *sui generis* – výkladovým korektivem ale nebyla spravedlnost ve smyslu rovnosti, ale spravedlnost rasy a národa. V dílech nacistických právních teoretiků lze dokonce nalézt přímou paralelu Radbruchovy formule:

„Vázanost soudce na zákon (...) nemůže pokračovat takovým způsobem, aby soudce aplikoval zákon i tam, kde by jeho použití vedlo k výsledkům, které jsou z hlediska celkového národního řádu zcela nesnesitelné. V případech, ve kterých je neslučitelnost zákona s právem zcela zřejmá, přičemž ji nelze odstranit smysluplným výkladem, soudce smí a zároveň musí jako správce nejvyšších principů života našeho společenství zákon nejen doplnit, ale i opravit.“ (Karl Larenz in Sobek 2011: 339).

Radbruchova teze totiž není ničím jiným než velmi mírnou variantou iusnaturalizmu respektujícího uzákoněné, formalizované právo. Síla a přesvědčivost Radbruchovy formulace tak zřejmě pramení ze zcela jiných okolností – třeba z toho,

že ji vyslovil respektovaný právní pozitivista, nebo z toho, že ji záhy po válce vyslovil německý profesor práva (takže mohla být vnímaná jako promyšlená sebereflexe, ale německými právníky také skrytě jako omluva pro vlastní selhání za nacistické éry). Ať už z jakéhokoli důvodu, je nicméně nesporným faktem, že Radbruchova formule své pevné místo v kánonu právní teorie získala.

A s tím právě souvisí druhá věc, kterou je potřeba k ní ještě dodat. I přes svou zjevnou neoriginalitu a částečnou neuplatnitelnost (viz zmiňované obtíže s posuzováním úmyslu zákonodárce kvůli uplatnění její druhé části) tato teze na poli právní teorie i praxe do značné míry uspěla. Důkazem budiž článek 7 odst. 2 Evropské úmluvy o lidských právech,¹²³ který je její parafrází v trestněprávní rovině,¹²⁴ či její uplatňování německými soudy v poválečné době a v době po pádu berlínské zdi a znovusjednocení Německa (Miller 2001: 657). Důkazem na poli právní teorie pak bude výměna názorů mezi Herbertem Hartem a Lonem Fullerem na stránkách *Harvard Law Review* (a následně i v jejich dalších dílech), kterou bude náš přehled pokračovat.

Lon L. Fuller a H.L.A. Hart

Lon Luvois Fuller (1902-78) byl americký právní teoretik, profesor na Harvardově univerzitě a jeden z hlavních protagonistů návratu přirozenoprávního myšlení do popředí právní teorie a právní vědy. Narodil se v Texasu, vyrostl však v Kalifornii, kde také vystudoval na Stanfordově univerzitě (Griswold 1978: 351). Ihned po skončení studií začal učit, na Harvardovu univerzitu se ale dostal až po 14 letech v roce 1939. Pomohla mu k tomu jistě i brilantní časopisecká kritika amerického právního realismu (Fuller 1934), kterou jsme již zmiňovali na příslušném místě. Na Harvardu učil 33 let, až do roku 1972, ač za války také krátce působil v advokacii. Povedlo se mu změnit právní teorii z výběrového předmětu pro

¹²³ Zní takto: „Tento článek nebrání souzení a potrestání osoby za jednání nebo opomenutí, které v době, kdy bylo spácháno, bylo trestné podle obecných právních zásad uznávaných civilizovanými národy.“

¹²⁴ Evropský soud pro lidská práva se ale Radbruchovu formuli spíše zdráhá uplatňovat, jak to dokládá jeho rozhodnutí v kauze střelení uprchlíků v okolí berlínské zdi, věc Streletz, Kessler a Krenz v. Německo, č. 34044/96, 35532/97 a 44801/98 (Miller 2001).

nejnadanější před absolutoriem na kurz pro všechny, i pregraduální studenty, v nichž dokázal vzbudit zájem o právněfilosofická témata (Griswold 1978: 351).¹²⁵ Když v roce 1964 vychází jeho stěžejní dílo *The Morality of Law* (v českém překladu J. Přibáně vyšlo jako *Morálka práva* (Fuller 1998)), je to jednoznačně završení jeho letité snahy o nové, sekulární ukotvení přirozeného práva (Duxbury 1995: 224). Současně je však tato kniha jedním z dílů jeho polemiky s jiným právním myslitelem, Angličanem Herbertem Hartem, o povaze práva a právní vědy, která započala již v průběhu Hartova studijního pobytu na Harvardu v roce 1957. K tomu se ale dostaneme až později.

Představme si nejdříve druhého protagonistu této debaty. Je jím Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-92), oxfordský profesor právní filosofie a nejpersvědčivější obhájce právního pozitivismu v poválečné době, kdy to vůbec nebylo v módě. Narodil se v Harrogate, koupelném městě na severu Anglie, kam se jeho rodiče přestěhovali z východního Londýna. Studoval na internátních školách, posléze v Oxfordu na New College, kde svá klasická studia úspěšně ukončil v roce 1929. Poté se stal advokátem (*barrister*), jeho kariéru v této právní praxi však přerušila válka, kdy jej do svých služeb povolala britská tajná služba MI5. Po válce se vrací na New College jako učitel filosofie, teprve v roce 1952 (ve svých 45 letech) je zvolen profesorem právní teorie, přičemž tuto pozici zastává až do roku 1969. V roce 1961 vychází jeho stěžejní dílo *The Concept of Law* (druhé vydání s doplněným postskriptem vyšlo po Hartově smrti v roce 1994, v českém překladu P. Fantyše vyšlo jako *Pojem práva* (Hart 2004)), které je pokusem o nové, od jisté míry empirické ukotvení právního pozitivismu a rozhodně jedním z nejvýznamnějších děl právní teorie v jejích dějinách (a rovněž součástí diskuse s Fullerem, které se budeme záhy věnovat). Za svého akademického působení v Oxfordu se opakovaně vrací na delší

¹²⁵ Jako exemplární příklad Fullеровých didaktických schopností tehdejší děkan Griswold uvádí jeho článek z roku 1949 nazvaný *The Case of the Speluncan Explorers* (Fuller 1949). Fuller v něm popisuje rozhodnutí smyšleného nejvyššího soudu ze vzdálené budoucnosti ve věci vraždy a kanibalismu, kterých se pod tlakem okolností měli dopustit dva členové tříčlenné výpravy uvězněné v zavalené jeskyni. Předkládá stanoviska pěti soudců jakožto členů tohoto nejvyššího soudu, přičemž každé z nich se v zásadních bodech liší. Podobnou prezentaci právněfilosofického problému Lonem L. Fullerem může český čtenář znát z dodatku k jeho *Morálce práva* s názvem *Problém odporného udavače* (Fuller 1998: 221-228).

dobu do USA, kde kromě Fullera a jiných harvardských profesorů potkává v Kalifornii také Kelsena. Shrnujícím plodem těchto jeho cest je studie o americké právní vědě z roku 1977, které se budeme blíže věnovat v souvislosti s jeho nástupcem v křesle oxfordského profesora jurisprudence, Ronaldem Dworkinem. Hart zůstal intelektuálně aktivní i po svém odchodu z místa profesora, druhé vydání svého *Pojmu práva* komplexně reagující na vznesené kritiky však již zcela dokončit nestihl. Zemřel v prosinci 1992 (Lacey 2004).¹²⁶

H.L.A. Hart: Positivism and the Separation of Law and Morals

Nyní, když už známe oba protagonisty této slavné debaty, můžeme již směle přistoupit k jejímu obsahu. Debatu spustila Hartova přednáška, kterou proslovil jako Oliver Wendell Holmes Lecture na Harvardu v dubnu 1957, tedy na konci svého ročního akademického pobytu zde, a která o rok později vyšla spolu s reakcí Lona Fullera v *Harvard Law Review*. Nazval ji *Pozitivismus a oddělení práva a morálky*, a již tímto vyzdvižením pozitivizmu do čela svého proslovu nepochybně vzbudil pozornost. Tu jenom potvrdil tím, že se označil za pokračovatele anglické pozitivistické tradice Benthama a Austina (Hart 1958: 599), na níž se pak v celém textu opakovaně odvolává. Již v této starší utilitaristické tradici nachází tři doktríny připisované pozitivizmu: (1) právo jako příkaz lidské bytosti,¹²⁷ (2) oddělení práva a morálky,¹²⁸ a také práva *de lege lata* a *de lege ferenda*, a (3) význam čistě analytického studia právního jazyka, které je pro poznání práva přinejmenším stejně důležité jako historické či sociologické studie, přičemž je ale nemůže nahradit (601).

¹²⁶ Hartova biografie z pera jeho studentky a současné profesorky LSE Nicoly Lacey (Lacey 2004) patří mezi nejpoutavější díla na pomezí beletrie a právní vědy (tzv. *intellectual history*), s nimiž se lze v současné době setkat. Jakémukoli zájemci o život a dílo této mimořádné postavy právní filosofie ji lze jenom vřele doporučit, v knihovně pražské právnické fakulty je navíc hned ve dvou exemplářích...

¹²⁷ Právě imperativní teorii práva považoval za klíčovou Austin (srov. Hart 1958: 602), současně je však ze všech tří uvedených nejhůře obhajitelná a ve vztahu k celému právu zjevně chybná (zmínili jsme to již výše u Graye, Hart na její místo klade slavné rozlišování primárních a sekundárních pravidel, k němuž se dostaneme později).

¹²⁸ Přednostní význam této první doktríny zdůraznil již tím, že jej vložil do názvu svého textu. Stojí přitom za pozornost, že varoval před oběma možnými hrozbami při nedodržení tohoto oddělení – tedy jak před nahrazením práva morálkou, tak před nahrazením morálky právem (Hart 1958: 598).

V připojené poznámce pod čarou pak Hart pro úplnost uvádí všech pět hlavních doktrín spojovaných s pozitivizmem v jeho době, přičemž k výše uvedeným třem připojuje ještě (4) tezi právního systému jako uzavřeného logického systému, v rámci něhož lze správná rozhodnutí vyvodit čistě logickými prostředky z předem existujících právních pravidel, a (5) tezi, že na rozdíl od faktických tezí nelze morální soudy opřít o racionální argumenty či důkazy; tyto dvě další se již Benthamu a Austina netýkají (601-2, pozn. 25).

Jednotlivým těmto doktrínám se pak podrobněji věnuje. Imperativní teorii práva jako příkazu suveréna, který sám příkazům nepodléhá,¹²⁹ Hart odmítá jako nepřiléhavou – právo není situace vyděrače s pistolí ve velkém měřítku. Postavíme-li do základu práva donucení či nátlak, pomíjíme jiné jeho důležité aspekty. Za všechny Hart zmiňuje pravidla legislativy, která rozhodně nejsou „příkazem, který obvykle bývá uposlechnut,“ jsou přitom v jádru právního řádu. Utilitaristický pohled shora pomíjí právě rozlišování různých typů pravidel – některé, jako třeba v trestním právu, jistě jsou „příkazy,“ které lze uposlechnout či neuposlechnout; jiné však mají jinou funkci, jako třeba umožnit jednotlivcům vytvářet kolem sebe struktury práv a povinností v donucovacím rámci právního řádu. Lze se samozřejmě snažit o redukci těchto pravidel na donucovací příkazy,¹³⁰ tím se ale na oltář zachování koherence doktríny obětuje různorodost práva jako jeden z jeho základních rysů (603-5).

Ve vztahu k oddělení práva *de lege lata* a *de lege ferenda*¹³¹ odkazuje na americké právní realisty, kteří „možná až příliš naivně převzali pojmový rámec přírodních věd“ (606) jako vhodný pro studium práva. I přes toto naivní prosazování vědeckého přístupu k tvorbě práva¹³² však realistům přiznává jinou zásluhu: „otevřeli lidem oči“ ve vztahu k tomu, co se odehrává v soudní síni, a odhalili rozpor mezi skutečnými fakty případu a právními pojmy, které rozhodování právního

¹²⁹ Zjevnou tomistickou inspiraci důkazem existence Boha jako prvotního hybatele Hart nezmiňuje, je však vhodné připomenout si ji.

¹³⁰ Zde se Hart odvolává na Kelsena, který tímto směrem postupuje v knize *General Theory of Law and State* (Hart 1958: 605).

¹³¹ Ke druhé části této doktríny, oddělení práva morálky, se vyjádřil již dříve v souvislosti s Benthamem a Austinem, a vrátí se k ní později v diskusi o Radbruchově formulaci, která zřejmě nejvíce podnítila Fullera k odpovědi.

¹³² Jehož mylnost je pro Harta zřejmě tak zjevná, že ji ani blíže nerozvádí.

případu popisují jako čistě logickou operaci. Fakta na nás přitom nečekají s přesným popisem a právním utříděním, které z nich soudce může „přečíst“ – někdo musí o tom, že právní pojmy pokrývají určitou faktickou skutečnost, rozhodnout (606-7).¹³³

Tím se Hart dostává k jednomu ze stěžejních bodů svého textu, k tzv. problémům v polostínu (v anglickém originálu *penumbra*). Jde o ty právní problémy, které se netýkají ustáleného jádra (*core*) právního pravidla, ale mlhavého významového polostínu, který toto jádro obklopuje. Tento „polostín nejistoty“ pak zabraňuje aplikaci právních pravidel na případy v této oblasti pomocí prosté logické dedukce, takže deduktivní argumentace nemůže být vzorem pro rozhodování o konkrétních případech podle obecných pravidel – „v této oblasti nemohou lidé žít pouhou dedukcí.“ Má-li tedy být právní argumentace v této oblasti polostínu racionální, musí její racionalita plynout z něčeho jiného než logických vztahů k premisám (607-8).¹³⁴ Přitom právě špatné pochopení právního procesu ignorující problémy v polostínu a tvrdící, že právo tvoří především dedukce, bývá dle Harta nejčastěji označováno za neduh formalismu (608).

Výtka formalismu v tomto smyslu tak může směřovat jednak vůči právní teorii, jednak vůči právní (soudní) praxi. Směřuje-li vůči právním teoretikům, je (rozhodně v případě Austina a jiných analytických právních teoretiků) dle Harta zcela nepřipadná – žádný analytický právní teoretik nikdy netvrdil, že by právo bylo „uzavřeným logickým systémem, v němž soudci odvozují svá rozhodnutí z premis“

¹³³ Zde Hartův jazyk stojí za citaci: „Fact situations do not await us neatly labeled, creased, and folded, nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision.“ (Hart 1958: 607)

¹³⁴ Citujme tuto pasáž opět celou: „We may call the problems which arise outside the hard core of standard instances or settled meaning ‚problems of the penumbra‘; they are always with us whether in relation to such trivial things as the regulation of the use of the public park or in relation to the multidimensional generalities of a constitution. If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. In this area men cannot live by deduction alone. And it follows that if legal arguments and legal decisions of penumbral questions are to be rational, their rationality must lie in something other than a logical relation to premises.“ (Hart 1958: 607-8).

(608), toto pojetí lze spíše připsat Blackstoneovi a jeho (dle Austina) „dětinské fikci“, dle které soudci právo netvoří, ale pouze nalézají, která souvisí s oddělením moci ve státě (610).¹³⁵

Zajímavější je nicméně situace v případě, že tato výtky směřuje vůči soudní praxi – čím se soudce stává formalistou, autorem? Literatura, která soudce za formalismus kritizuje, odpověď nedává. Mluví se o nadměrném užívání logiky,¹³⁶ ta však nepředepisuje ani chytrou, ani hloupou interpretaci jakéhokoli výrazu, a přitom právě takto nesprávná¹³⁷ interpretace bývá v jádru nařčení z formalismu. Logika však mluví pouze o hypotetických důsledcích možných interpretací, a neříká vůbec nic ke klasifikaci jednotlivých fakt, která je samotným jádrem soudního rozhodování. Nejde tedy o uplatnění logiky, ale o výběr – o rozhodnutí soudce uplatnit jeden postup interpretace namísto jiného. „Je v tom možná hodně hlouposti,“ píše Hart, „ne však více ani méně logiky než v případech, kde interpretaci obecného pojmu a následnou aplikaci obecného pravidla vědomě ovládá identifikovaný sociální cíl“ (610-1).¹³⁸ I zdánlivě mechanická aplikace práva je tak

¹³⁵ Ani Blackstonea však nelze vinit z toho, že by právo považoval za uzavřený logický systém, který nepotřebuje výklad. V právní praxi a obecném právním povědomí však tento mýtus přetrvává, a otázka „kde se tedy bere?“ se v diskusích právních teoretiků znovu a znovu vrací.

¹³⁶ Vzpomeňme si na Holmese a jeho tezi, že právo nežije logikou, ale zkušeností.

¹³⁷ Hart mluví o interpretaci, která je slepá vůči sociálním hodnotám či důsledkům, nebo nějak jinak hloupá, či snad se pouze nelíbí kritikům (Hart 1958: 610).

¹³⁸ Hartova důkladná argumentace si zaslouží obsáhlejší citaci: „So this reference to logic and to logical extremes is a misnomer for something else, which must be this. A judge has to apply a rule to a concrete case – perhaps the rule that one may not take a stolen "vehicle" across state lines, and in this case an airplane has been taken. He either does not see or pretends not to see that the general terms of this rule are susceptible of different interpretations and that he has a choice left open uncontrolled by linguistic conventions. He ignores, or is blind to, the fact that he is in the area of the penumbra and is not dealing with a standard case. Instead of <610> choosing in the light of social aims, the judge fixes the meaning in a different way. He either takes the meaning that the word most obviously suggests in its ordinary nonlegal context to ordinary men, or one which the word has been given in some other legal context, or, still worse, he thinks of a standard case and then arbitrarily identifies certain features in it – for example, in the case of a vehicle, (1) normally used on land, (2) capable of carrying a human person, (3) capable of being self-propelled – and treats these three as always necessary and always sufficient conditions for the use in all contexts of the word "vehicle," irrespective of the social consequences of giving it this interpretation. This choice, not "logic," would force the judge to include a toy motor car (if electrically propelled) and to exclude bicycles and the airplane. In all this there is possibly great stupidity but no more "logic," and no less, than in cases in which the interpretation given to a general term and the consequent application of some general rule to a particular case is consciously controlled by some identified social aim.“ (Hart 1958: 610-1).

volbou učiněnou ve světle sociálního cíle, zde ovšem spíše konzervativního (611).¹³⁹ Případná kritika takovýchto rozhodnutí přitom neříká, že nejde o právo, ale že jde o špatné právní rozhodnutí. Tím ale pouze potvrzuje ono rozlišení mezi právem *de lege lata* a *de lege ferenda*, které je jedním ze základních rysů pozitivismu, jak jej Hart prezentuje (612).

Jako třetí kritiku oddělení práva a morálky pak prezentuje v zásadě Radbruchovu tezi, která „není tolik intelektuálním protiargumentem (...) jako spíše zanícenou výzvou, která se neopírá o podrobnou argumentaci, ale o vzpomínky na strašlivou zkušenost,“ „svědectví těch, co sestoupili do pekla, a podobně jako Odysseus nebo Dante z něj přinesli zprávu lidským bytostem.“ Toto peklo však nebylo v zázvěti, ale na Zemi, připraveno lidmi pro jiné lidi (615-6).¹⁴⁰ Jádrem této německé kritiky je přitom popření oddělení práva a morálky právě tam, kde bylo pro Benthama a Austina úplně nejdůležitější – v otázce platnosti zákonů, které jsou z morálního hlediska zlem (616). Hart Radbruchovi nejvíce vyčítá ohromné přecenění skutečnosti, že nějaké pravidlo je pravidlem právním, jakoby samotná otázka právní platnosti a účinnosti pravidla nahrazovala morální otázku, zda se podle něj má postupovat (618). Přitom morální dilemata je důležité především neskrývat a nezamlčovat, ale naopak uchopit je podobně jako kopřivu – s vědomím toho, o co jde. Jinak se jenom přiživuje romantická představa o tom, že všechny hodnoty, které vyznáváme, zapadají do jednotného nerozporného systému.¹⁴¹ Svým přístupem tak

¹³⁹ Hart si v této souvislosti dobře všímá toho, že většinové stanovisko soudce Peckhama ve věci *Lochner*, o níž jsme mluvili na začátku této práce, je dost možná špatné v mnoha ohledech, rozhodně ale není příkladem mechanické aplikace práva, za jakou jej považuje například Pound v *Mechanické jurisprudenci* (Hart 1958: 611, pozn. 39).

¹⁴⁰ Lze se domnívat, že právě v těchto slovech Hart velice přesně zachytil sílu a přesvědčivost Radbruchovy teze, která – jak jsme si již řekli – originalitou rozhodně neopývá. S tím souvisí i Hartova připomínka toho, že sám Radbruch až do nacistické tyranie pozitivistickou doktrínu sdílel, proto má jeho volání po opuštění pozitivismu zvláštní ostrost (Hart 1958: 616).

¹⁴¹ Citujme opět Hartovu silnou a obrazově bohatou prózu, včetně oné kopřivy: „Surely if we have learned anything from the history of morals it is that the thing to do with a moral quandary is not to hide it. Like nettles, the occasions when life forces us to choose between the lesser of two evils must be grasped with the consciousness that they are what they are. The vice of this use of the principle that, at certain limiting points, what is utterly immoral cannot be law or lawful is that it will serve to cloak the true nature of the problems with which we are faced and will encourage the romantic optimism that all the values we cherish ultimately will fit into a single system, that no one of them has to be sacrificed or compromised to accommodate another.“ (Hart 1958: 619-20).

Radbruch a německé soudy popírají možnost nejzákladnější morální kritiky práva – tedy možnost odepřít „poslušnost“ morálně zlému zákonu (619-20).¹⁴²

Celou stať Hart zakončuje touto větou:

„Budeme-li při popisu interpretace zákonů používat navrhovanou terminologii fúze či neschopnosti oddělit to, co právem je, od toho, co jím býti má, pouze to (podobně jako dřívější příběhy o tom, že soudci právo pouze nalézají, nikdy jej netvoří) zakryje fakta o tom, že i zde, stejně jako kdekoli jinde, se pohybujeme mezi nejistotami, z nichž si musíme vybírat, a že existující právo určuje pouze limity našeho rozhodování, ne však rozhodnutí samotné.“¹⁴³

Lon L. Fuller: Positivism and Fidelity to Law

Fuller, který byl přednášce samozřejmě přítomen, cítil naléhavou nutnost odpovědět.¹⁴⁴ V *Harvard Law Review* pak jeho odpověď následuje bezprostředně

¹⁴² Dodejme alespoň pod čarou, že Radbruchův přístup Hart ilustruje na příkladu ženy, která za války udala svého muže za urážlivé poznámky o Hitlerovi, aby se jej zbavila. Soud muže odsoudil na smrt, místo popravy byl nicméně poslán na frontu. Poválečný soud uznal ženu vinou, jelikož zákon, na základě kterého bylo v původním řízení rozhodnuto, byl „v rozporu s dobrým svědomím a citem pro spravedlnost všech lidských bytostí.“ Hart říká, že namísto popření právní platnosti zákona přijatého v roce 1934 mělo dojít k jinému, čestnějšímu řešení – měl být přijat otevřeně retroaktivní zákon. Jen to by odpovídalo rozporu mezi právní jistotou na jedné straně a potřebou trestat morálně zcela zavrženíhodné činy na straně druhé, který je zvoleným řešením zcela skryt (Hart 1958: 618-9).

K onomu případu ještě dlužno dodat, že jej Hart popsal špatně, německý soud v daném případě nacistickému zákonu neodňal právní platnost (Haldemann 2005: 170-1). Na vlastní argumentaci to ale nic nemění.

¹⁴³ V originálu: „To use in the description of the interpretation of laws the suggested terminology of a fusion or inability to separate what is law and ought to be will serve (like earlier stories that judges only find, never make, law) only to conceal the facts, that here if anywhere we live among uncertainties between which we have to choose, and that the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself.“ (Hart 1958: 629).

¹⁴⁴ Dle pamětníků chodil v zadní části přednáškové auly jako hladový lev, a odešel již v polovině diskuse (Lacey 2004: 197). Hart mu navíc věnoval celou poslední část své přednášky o páté z doktrín označovaných za pozitivistické – etickém nonkognitivismu. Tuto část jsme v našem už tak obsáhlém popisu Hartovy argumentace vynechali, neboť se našeho tématu, ve srovnání se zbytkem Hartovy přednášky, dotýká pouze velmi okrajově.

po Hartově stati. Svůj text nazval *Pozitivismus a věrnost vůči právu – odpověď profesor Hartovi* (Fuller 1958), a právě v oboustranném uznání ideálu „věrnosti vůči právu“¹⁴⁵ jako jednoho z hlavních referenčních bodů právní vědy vidí možné společné východisko další diskuse. Toto uznání u Harta oceňuje, současně mu však vyčítá, že z něj nevyvodil patřičné důsledky. Nejlépe je to podle Fullera vidět v diskusi o nacistickém právu. Zde Hartovi především vyčítá, že bez jakéhokoli zkoumání skutečnosti¹⁴⁶ předpokládá, že v nacistickém Německu muselo zůstat něco, co si zaslouhuje označení „právo.“ A že jeho případné nedodržení nepovažuje za pouhou odvahu, ale přímo za morální dilemma stavící proti sobě věrnost vůči právu a zásadnější cíle (632-3).

Tento postoj Fuller spojuje s Hartovým pojetím práva, které sdílí se svými předchůdci v tom směru, že společným znakem jejich přístupů je vyloučení morálky z práva (634-5). Jeho postoji Fuller rozumí tak, že je varováním před vtahováním morálky do práva – tato morálka se totiž nakonec nemusí příznivcům tohoto přístupu vůbec líbit. K tomu však Fuller připojuje několik poznámek:

Za prvé nesouhlasí s tím, že by zlé cíle měly stejnou koherenci a vnitřní logiku jako dobré cíle. Za druhé, pokud existuje reálná obava z prostoupení práva „nemorální morálkou,“ jak se tomu nejúčinněji bránit? Podle Fullera pozitivistická pozice tento problém příliš zjednodušuje a tudíž nemůže přinést řešení.¹⁴⁷ Za třetí, je pravděpodobnější, že soudce sledující zločinné cíle odůvodní své rozhodnutí „vyšším právem,“ nebo že se skryje za maximu „zákon je zákon“ a své rozhodnutí vysvětlí tak, jakoby jej právo samo vyžadovalo? Za čtvrté, byl-li by Hart či Fuller

¹⁴⁵ Tímto ideálem Fuller zřejmě rozumí jakousi propracovanější zásadu právní jistoty. Nijak jej ale nevymezuje, ani neodkazuje na místo, kde by s tímto ideálem pracoval Hart.

¹⁴⁶ Na toto místo patří zmínka o jedné ze stinných částí Fullerovy kariéry. Když se v roce 1938 chystal na léto do Evropy, napsal o tom Poundovi s tím, že plánuje většinu času strávit v Paříži, ale chtěl by navštívit také Německo, zvláště pak C. Schmitta a H. Franka, a požádal jej o doporučující dopisy. Pound ke své odpovědi přiložil doporučení pro několik německých akademiků, o Schmittovi a Frankovi se však nezmínil ani slovem – nelze se přitom domnívat, že by je neznal, což platí také o Fullerovi (Hull 1997: 244-5). Tato skutečnost se nicméně objevila až studiem Poundovy rozsáhlé korespondence dlouho po Fullerově smrti, neměl proto možnost se ke své motivaci nijak vyjádřit, a lze tak jenom spekulovat, zda jej za těmito temnými lordy nacistického Německa přitahoval obdiv, zájem, či naopak odpor vyvolávající zvědavost.

¹⁴⁷ Fuller tento bod takřka nerozvádí, a je zde tím pádem přesvědčivý asi stejně jako Hart, když přiznává nacistickému právu statut práva.

příslušníkem menšiny v zemi, jejíž morálku by považovali za zcela zlou, hledali by v právu útočiště ne pro jeho oddělení od morálky, ale naopak proto, že i ty nejzvrácenější režimy se zdráhají psát ty největší zlotřilosti do zákonů – a samo toto zdráhání je důkazem spojení práva s nejvíce naléhavými a zjevně odůvodněnými požadavky morálky. Za páté, v rozsáhlých oblastech práva není skutečným problémem vtažení zlé či nevhodné morálky, ale spíše opačný trend – odtahování práva aplikovaného soudy od potřeb skutečného života. Fuller zde uvádí příklad obchodních sporů, které se právě z důvodu přehnaného formalismu ve smyslu „zákon je zákon“ začaly v té době stále více řešit v rozhodčím řízení, které bylo v tomto směru pružnější. Podle Fullera Hartova teorie nutně vede právě směrem k tomuto formalismu, ač jej Hart sám odmítá (636-8).

Následně se Fuller obrací k Hartově kritice Austinovy doktríny práva jako příkazu. V této části začne být čtenáři zřejmé, že když Fuller obhazuje roli morálky v právu, nemyslí tím nic ve smyslu křesťanské či jiné morálky jako pravidel správného vedení života, ale něco jiného: jakýsi metaprávní systém zajišťující mimo jiné koherenci právních pravidel. Prvním znakem je již to, že na začátku této části označí za morální pravidla či průnik pravidel morálních a právních ta základní pravidla zajišťující rámec tvorby práva, která Hart tak ilustrativně odlišuje od příkazů (639).¹⁴⁸ Než pak toto své pojetí morálky práva ještě lépe odhalí, popře pojmovou odlišnost doktríny oddělenosti práva a morálky a doktríny práva jako příkazu suveréna s tím, že tu druhou (s níž nesouhlasí ani Hart) Austin neopustil právě proto, že by tím rozbil i tu první (640). I Austin si totiž byl dobře vědom toho, že kromě pravidel, která svou platnost odvozují od svého zdroje, existují také pravidla, jejichž platnost je odvozena od jejich přijímání a vnitřní působivosti, přitažlivosti, hodnoty. Kelsen se tohoto kroku na rozdíl od Austina nebál a zavedl slavnou *Grundnorm*, která není pravidlem či normou, ale jejich předpokladem; není právem: je jeho podmínkou.¹⁴⁹ Přesto i to považuje Fuller za vyhýbání se problému – u Kelsena ve formě fikce zjednodušující realitu tak, aby ji pozitivismus mohl absorbovat (641).

¹⁴⁸ Fuller navíc provokativně říká, že takovéto pokračování dané úvahy očekával již od Harta (Fuller 1958: 639).

¹⁴⁹ Kelsen výslovně říká, že je základní norma má platnost jako norma přirozeného práva (Kelsen 1945: 401).

Fuller však jde dál. Tento „přirozenoprávní“ či „morální“ rys vidí u mnohem většího počtu právních pravidel. I pravidla ústavy, která jsou pro většinu ostatních právních pravidel zdrojem platnosti, odvozují svou vlastní platnost a účinnost (ve smyslu efektivnosti) především ze svého přijímání, a to nejen jako právo, ale také jako dobré právo. Naplňování ideálu věrnosti vůči právu si tak dle Fullera vyžaduje vědomé úsilí při jeho tvorbě, aby bylo jako právo přijímáno. Lze-li pak Hartovu stať číst jako rozlišování mezi řádem a dobrým řádem,¹⁵⁰ nutno si uvědomit, že i onen řád „bez přívlastku“ se liší od chaosu, má svou „implicitní morálku,“ kterou je nutno při tvorbě (i špatného) práva respektovat a kterou právo samo nedokáže vytvořit (642-5). Na závěr této části Fuller k Hartovi říká:

„Právě to, že zanedbává analýzu požadavků morálky řádu, jej vede v celé jeho eseji k tomu, že s právem zachází jako s daností, která se promítá do lidské zkušenosti, a ne jako s předmětem lidského úsilí. Když si uvědomíme, že řád samotný je něco, na čem se musí pracovat, je hned jasné, že právní systém, dokonce i špatný či rovnou zlý právní systém, existuje vždy jenom do jisté míry.“¹⁵¹

Posléze se Fuller vrací k Radbruchovi a k Hartově kritice přístupu německých soudů. Všíhá si, že problémem pro Harta ani tolik není to, že se kdysi platný zákon prohlásí za od počátku neplatný, ale spíše otázka, kdo má tuto „špinavou práci“ vykonat – soudy či zákonodárce (649)? Shoduje se s Hartem (i Radbruchem), že preferovanou možností by měl být otevřeně retroaktivní zákon. Nedomnívá se však, že by bylo přínosné, kdyby soudy místo prohlášení zákona za od počátku neplatný

¹⁵⁰ A varování před hodnotovým rysem onoho přívlastku, který může pro různé lidi nabývat různých významů.

¹⁵¹ V originálu tyto věty znějí: „It is his neglect to analyze the demands of a morality of order that leads him throughout his essay to treat law as a datum projecting itself into human experience and not as an object of human striving. When we realize that order itself is something that must be worked for, it becomes apparent that the existence of a legal system, even a bad or evil legal system, is always a matter of degree. (Fuller 1958: 646).“

přiznaly onomu předpisu platnost, ale odmítli jej aplikovat – to by bylo navýsost matoucí (655).¹⁵²

V závěrečné části své odpovědi se Fuller zaměřuje na Hartem nastíněnou teorii interpretace. Nepovažuje ji toliko za složitý způsob vyjádření toho, že některé případy jsou snadné a jiné obtížné, ale ve svém jednoznačném podání za zcela novátorský přístup (661-2). Hartovo rozlišení jádra a polostínu však považuje za nepřesné, protože se zaměřuje na samotné pravidlo a jednotlivá jeho slova a z toho pak odvozuje význam. Fuller tvrdí, že skutečný postup je obrácený – pokud mají pravidla něco jako „jádrový nerozporný význam,“ který lze aplikovat zdánlivě bez zkoumání účelu pravidla, je to proto, že toto pravidlo na daný případ lze aplikovat bez ohledu na to, jak jej vyložíme. Na tomto místě se Fuller vrací k příkladu, který na přiblížení jádra a polostínu významu použil již Hart – jde o pravidlo zakazující vozidla v parku. Podle Harta je zde jasné, že zakazuje vjezd aut (jádro), není však jasné (polostín), zda je pro účely tohoto pravidla vozidlem také bicykl, kolečkové brusle či dětské autíčko (Hart 1958: 607). Fuller však s takovým zjednodušením nesouhlasí. „Zdá-li se nám aplikace pravidla vylučujícího vozidla z parků v některých případech snadná,“ říká Fuller, „je to proto, že dostatečně zřetelně vidíme, na co toto pravidlo obecně míří (...). Ať už bylo pravidlo zamýšleno na zachování klidu v parku či na ochranu lidí, co se zde jen tak prochází, víme takřkajíc bez přemýšlení, že je nutno z parku vyloučit hlučný automobil.“ (Fuller 1958: 663). Co ale kdyby chtěla skupina válečných veteránů postavit v parku jako památník nákladní automobil, který používali za války, ve zcela provozuschopném stavu? Spadá tento případ do jádra či polostínu onoho pravidla (663)?¹⁵³

¹⁵² Na závěr této části se Fuller vyjadřuje i k úloze pozitivistického myšlení německých právníků při nástupu nacismu. Dle něj německý pozitivismus z právní vědy vyloučil nejen úvahy o morálním účelu práva, ale také zohledňování oné vnitřní morálky práva, o níž Fuller mluvil. Německý právník tak byl připraven přijmout jako zákon a tedy právo cokoli s tímto označením, vydané za vládní prostředky a přicházející „ze shora.“ Připomíná, že Hitler k moci nepřišel násilnou revolucí, ale právně konformním využíváním právních forem. První obranné valy, které mu měly v nástupu k moci zabránit, měli hájit právě právníci – padly však bez jediného výstřelu (Fuller 1958: 659).

¹⁵³ Fuller uvádí dva další příklady, které jeho argumentaci dobře ilustrují. Oba stojí za přečtení, zejména ten druhý (rozsáhlejší, na stránkách 664-7) je však jenom stěží přeložitelný, protože si pohrává s nejasností anglických slov a nedokončené věty při neznalosti kontextu.

Kamenem úrazu je tak skutečnost, že Hart přistupuje k interpretaci významu přes jednotlivá slova, zatímco obvyklá zkušenost říká, že význam připisujeme až celým větám či odstavcům (663). Při interpretaci právních předpisů je to ještě významnější, neboť teprve když odhlédneme od jednotlivých slov a snažíme se pomoci hypotetických příkladů najít význam onoho předpisu jako koherentního funkčního celku, plníme tím svůj závazek věrnosti vůči právu (667).

Fullerova esej končí smířlivým uznáním:

„Zdá se mi, že esej profesora Harta otvírá cestu k [smysluplné] diskusi, jelikož z pozitivistické filosofie odstraňuje neupřímnost, která dosud zastírala cokoli, čeho se tato filosofie dotkla. Myslím tím samozřejmě předstírání etické neutrality pozitivismu. Právě proto mohu zcela upřímně říct, že i přesto, že s názory vyjádřenými v jeho eseji nesouhlasím téměř v každém odstavci, domnívám se, že profesor Hart trvalým způsobem přispěl k právní filosofii.“¹⁵⁴

Vidíme tak, že již záhy po skončení Druhé světové války se na scéně právní vědy a teorie objevuje několik vzájemně obtížně slučitelných tendencí, v jejichž napětí diskuse o formalismu v právu pokračuje. Radbruchovu formuli lze číst jako prolnutí právního pozitivismu se základními přirozenoprávními principy, diskusi Harta s Fullerem na stránkách *Harvard Law Review* pak jako vytváření nových teoretických základů právního pozitivismu jako takového. A to přesto, že sám Fuller by se označení za pozitivistu nejspíše zavile bránil – jeho důraz na věrnost vůči právu však stěží umožňuje označit jej za bytostného kritika formalismu a potažmo pozitivismu. Přesto jej rovněž nelze označit za proponenta pozitivismu v jakékoli klasické podobě

¹⁵⁴ V originálu: „Professor Hart's essay seems to me to open the way for such a discussion, for it eliminates from the positivistic philosophy a pretense that has hitherto obscured every issue touched by it. I mean, of course, the pretense of the ethical neutrality of positivism. That is why I can say in all sincerity that, despite my almost paragraph-by-paragraph disagreement with the views expressed in his essay, I believe Professor Hart has made an enduring contribution to legal philosophy.“ (Fuller 1958: 672)

– jak ukáže pokračování jeho diskuse s Hartem, nese jeho myšlení z tohoto hlediska velmi cizorodé rysy. Obraz námi sledované diskuse se tak začíná výrazně zamotávat.

6. Pojem a morálka práva

Výměnou názorů na stránkách *Harvard Law Review* debata mezi Hartem a Fullerem neskončila. Oba totiž tehdy ještě teprve měli vydat svá nejzásadnější díla, která lze právem označit za další pokračování této diskuse.¹⁵⁵ Obě tyto práce – Hartův *Pojem práva* i Fullerova *Morálka práva* – patří mezi základní díla právní filosofie 20. století a zasloužily by si mnohem rozsáhlejší analýzu, než jakou nám dovoluje omezený prostor této práce.¹⁵⁶ Jelikož jsme si ale podrobně představili časopisecké články, které jsou počátkem jejich vzájemné diskuse a vydání těchto knih předcházely, zaměříme se v této kapitole pouze na ty jejich části, které jsou součástí jejich vzájemné diskuse a které patří do obecnější diskuse o formalismu v právu, jak ji v této práci sledujeme.

H.L.A. Hart: Pojem práva

Hartův *Pojem práva* (Hart 1994, v českém překladu P. Fantyše vyšlo jako Hart 2004; prosté odkazy na stránky v této části této kapitoly odkazují právě na toto české vydání) vyšel poprvé v roce 1961 a zásadně proměnil soudobé právní myšlení – řadí se mezi nejzásadnější spisy v právní teorii 20. století, ne-li vůbec. Kniha zaznamenala nepřeborné množství reakcí a stala se základním východiskem jakýchkoli právněteoretických úvah na celá desetiletí.¹⁵⁷ Ačkoli část úspěchu této knihy vyplývá možná opravdu již z toho, jak krásně se čte (Duxbury 2003: 966), v historii právní teorie je významná spíše svým vlastním obsahem. Tím je pokus – navazující na holmesovskou přednášku z Harvardu zmiňovanou výše – o nové

¹⁵⁵ Explicitně to Fuller vyjadřuje na úvod páté kapitoly své *Morálky práva* nazvané *Odpověď kritikům*, kterou doplnil do rozšířeného vydání této knihy v roce 1969 (Fuller 1998: 172-3).

¹⁵⁶ Pokus o analýzu Pojmu práva z antropologického hlediska učinil autor této práce již ve své diplomové práci s názvem *Pojem práva z antropologické perspektivy*, obhájené na Právnické fakultě UK v Praze v roce 2006 (Brezina 2006).

¹⁵⁷ To ostatně přiznává i Ronald Dworkin, který mu ve své první významné práci *Když se práva berou vážně* skládá v tomto duchu poklonu těsně před tím, než jeho názory podrobí zdrcující kritice (Dworkin 2001: 37).

ukotvení pozitivistického přístupu k právu uskutečněný v době, kdy byl pojem „právní pozitivismus“ považován takřka za sprosté slovo.¹⁵⁸ Opět přitom vychází ze starší (zejména Austin) i novější (Kelsen¹⁵⁹) pozitivistické tradice, jak ostatně již v oné přednášce. Zde je však jeho přístup o poznání kritičtější – kritikou Austina ostatně celá kniha začíná (22, 31, 33 a jinde).¹⁶⁰

Snad právě poučen neúspěchem Austinova pokusu o definici práva se Hart otevřeně o jeho definování nepokouší vůbec (211). Spíše než o vymezení mu tak v případě pojmu práva jde o jeho objasnění, a to nikoli axiomatické, nýbrž na základě sociální skutečnosti, především pak jazyka.¹⁶¹ Právě jazyk v jistých situacích používáním zvláštního „normativního“ slovníku (musíš, nesmíš, máš právo, jsi povinen apod.) poukazuje na existenci jistých struktur chování, které obvykle nazýváme pravidly (95). Pravidel v tomto smyslu ovšem existuje vícero druhů. Mezi nimi zvláště vynikají pravidla, kterými se ukládají povinnosti či závazky. Ty mají několik charakteristik, které je v úhrnu vymezují od jiných pravidel a které jsou pro jejich právní uchopení a pochopení zásadní. Tyto charakteristiky přitom nevycházejí z ontologických či logických daností, nýbrž ze sociální praxe.

První charakteristikou je, že existuje „naléhavý požadavek, aby se pravidla plnila, a na ty, kdo se od nich odchylují či odchýlit hodlají, je vyvíjen značný společenský tlak“ (95). Tato vlastnost především odlišuje skutečná společenská pravidla od pouhých pravidelností (typu „v neděli se chodí do kina“), které se ve společenském životě rovněž vyskytují v hojné míře, chybí jim ovšem toto vyjádření

¹⁵⁸ Velice instruktivní je v tomto smyslu Radbruchova stať, kterou jsme se zabývali na začátku předchozí kapitoly (Radbruch 1946, česky in Hanuš 2009).

¹⁵⁹ Hart zjevně Kelsena řadí do pozitivistické tradice a pomíjí kritické rysy jeho díla, které jsme zmiňovali v předchozím oddíle.

¹⁶⁰ *Pojem práva* je napsán zvláštním, velmi instruktivním stylem, který ale velmi znesnadňuje jeho shrnutí do kratší formy – po úvodní kapitole a dalších třech kapitolách věnovaných kritice starších teorií následuje „Nový začátek“ (jak zní název prvního oddílu páté kapitoly) a Hart se vrací k již předneseným tématům, aby je podal v novém světle. Odkazovat tedy budeme spíše na tyto kapitoly 5 až 10, ač se teze v nich přednesené objevují i dříve. Pomocným vodítkem – a jinak též solidním úvodem do Hartova díla – nám bude učebnicové shrnutí z pera J. Harrise (Harris 1997: 117-128).

¹⁶¹ Již toto východisko bylo a zůstává jedním z nejspornějších bodů Hartovy knihy. Sám Hart ji považoval v jistém smyslu za „esej z popisné sociologie“ (Hart 2004: 13), přitom právě empirická neadekvátnost jeho analýzy bývá jedním z hlavních bodů kritiky této knihy – Fuller se například ohrazuje proti tomu, že Hart nezohledňuje obecnou zkušenost práva jako úsilí (např. Fuller 1998: 133-4).

„vnitřního aspektu“¹⁶² právního pravidla závazku. Za druhé „se má za to, že jsou nutná k udržení společenského života nebo nějakého jeho vysoce ceněného aspektu“ (96). Konečně „jednání vyžadované těmito pravidly (...) může být v rozporu s tím, co si povinovaná osoba sama přeje“ (96).

Primární a sekundární pravidla

Tato pravidla závazku nazývá Hart též pravidly primárními. Kromě nich Hart popisuje ještě jiné druhy pravidel, která úhrnem označuje jako pravidla sekundární – regulují proces změn těch primárních, jejich vznik a zánik, nebo „udělují pravomoci – veřejné či soukromé“ (91). Právě v kombinaci těchto dvou typů pravidel shledává Hart klíč k právní teorii, tedy to, co se Austin domníval nalézt v představě donucovacích nařízení. Je přitom nutno mít na paměti, že „spojení primárních a sekundárních pravidel sice stojí v centru právního systému, ale nejde o jeho celek“ (106).¹⁶³

Mezi sekundárními pravidly zvláště vyniká tzv. pravidlo uznání (anglicky *rule of recognition*). Je to základní pravidlo vytvářející ze souhrnu norem právní systém, pravidlo „poskytující kritéria, podle nichž je posuzována platnost jiných pravidel systému“ (112). Jde tedy o Hartovu variaci na Kelsenovu *Grundnorm*, která, Kelsenovými slovy, „vytváří systém z mnohosti norem“ (Kelsen 1945: 110). Na rozdíl od této „juristické hypotézy“ (Kelsen 1945: xv) ovšem Hartovo pravidlo uznání není spekulací, nýbrž sociální praxí (Harris 1997: 121) – z Hartova pohledu se tedy jedná o rozvinutí Kelsenova pojetí.

„Pravidlo uznání existuje pouze jako složitý, třebaže za normálních okolností harmonický celek praxe soudů, veřejných činitelů a

¹⁶² Právě nezohledňování tohoto „vnitřního aspektu“ pravidel Hart vyčítá americkým právním realistům. Tato výtku je však dosti lichá – i v základních dílech realistů je patrné, že si tohoto rysu pravidel byli vědomi, pouze tímto směrem nezaměřili svou kritikou a tedy ani těžiště svých děl.

¹⁶³ Harris k tomu říká: „Hart nenabízí žádnou definici právního systému, ale říká nám, že ‚spojení primárních a sekundárních pravidel‘ je v jeho srdci.“ (Harris 1997: 121).

soukromých osob, kteří identifikují zákon prostřednictvím odkazu k jistým kritériím. Jeho existence je prostě skutečností.“ (116)¹⁶⁴

Také ostatní druhy sekundárních pravidel se od primárních výrazně liší, a to obsahem i funkcí. Jde o pravidla změny, tedy pravidla vytváření, rušení a modifikace pravidel závazku, a to jak při uzavírání smlouvy, tak legislativním aktem veřejné moci. Podle Harta nejzásadnějším rozdílem co do obsahu mezi těmito pravidly a pravidly závazku je, že postrádají jakoukoli sankci – nulitu příslušného aktu či smlouvy za sankci považovat odmítá, neboť to vede toliko ke směřování kategorií (103-4). Posledním zbylým typem pravidel jsou pravidla soudního rozhodování, jejichž účelem je soustředit onen rozptýlený sociální tlak a zvýšit tak účinnost primárních pravidel (104-5).

Formalismus a skepticismus vůči pravidlům

Do diskuse o formalismu v právu, kterou zde mapujeme, se Hart explicitně zapojil v kapitole 7, kterou (se zjevným odkazem na americké právní realisty) nazval *Formalismus a skepticismus vůči pravidlům*. Zde se nejprve vrací k tématu významu právních pravidel, jemuž se věnoval již ve své časopisecké diskusi s Fullerem. Namísto jádra jistoty a polostínu pochybnosti (*core of certainty* a *penumbra of doubt*) však používá pojem „otevřená textura.“¹⁶⁵ Říká, že „rozdíl mezi nejistotou komunikace pomocí autoritativního příkladu (precedent) a jistotou

¹⁶⁴ V originálu odcitujeme delší pasáž: „a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense ‚exist‘ even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.“ (Hart 1994: 110).

¹⁶⁵ Schauer (2008: 1125an.) tento pojem připisuje F. Waismannovi, který k němu dochází na základě rozpracování myšlenek L. Wittgensteina, k němuž se Hart hlásil zcela otevřeně (nicméně i na Waismanna odkazuje již přímo Hart – v poznámce k straně 132, viz Hart 2004: 291). Podle Schauera Waismann tento pojem používá na označení potenciálu neurčitosti obklopujícího i ty nejednoznačnější pojmy, který nelze nikdy zcela eliminovat. Na konci šesté kapitoly *Pojmu práva*, kde jej poprvé používá, jej však Hart spojuje právě s (obecným) pojmem neurčitosti způsobem navozujícím dojem, že jde o synonyma („všechna pravidla tudíž mají jakýsi lem neurčitosti či ‚otevřenou texturu‘“ (127)). Tento omyl pak opakovala celá generace právních vědců (Schauer 2008: 1126, pozn. 62).

komunikace prostřednictvím autoritativního obecného jazyka (zákonodárství) je mnohem méně zřetelný,“ než tento protiklad (ne)jistoty naznačuje (130). Bez ohledu na výběr prostředku sdělování pravidel „v jisté chvíli vždy vyvstanou pochybnosti o [jejich] použití a [tyto normy chování] se projeví jako neurčité,“ přestože jinak fungují „zcela hladce“ (132) – pravidla v zákonech i precedentech tedy mají otevřenou texturu.¹⁶⁶ Tu Hart částečně připisuje dvěma rysům lidské zkušenosti – naší relativní neznalosti skutečnosti a našim relativně neurčitým cílům.¹⁶⁷

Otevřená textura právních pravidel si tak vyžaduje volbu mezi relativně rovnocennými alternativami. Formalismus pak dle Harta spočívá právě „ve specifickém postoji ke slovně formulovaným pravidlům, který se snaží potřebu takové volby zastříit a zároveň minimalizovat“ (133). Právní teorie přitom neurčitost právních pravidel „velmi často buď ignoruje, nebo ji naopak přehání“ (134). Z otevřené textury práva však plyne jakási střední cesta – normativní úprava rozsáhlých oblasti lidského chování je do značné míry rozvíjena až soudy a veřejnými orgány, přitom však „život práva do značné míry spočívá v tom, že vodítkem pro veřejné činitele i soukromé osoby jsou určitá pravidla, která od nich nevyžadují pro každý nový případ nový úsudek“ (139).

Poté se Hart v této kapitole věnuje kritické diskusi s americkým právním realismem a jeho skepsí vůči pravidlům.¹⁶⁸ Tomuto přístupu vyčítá nekonzistentnost

¹⁶⁶ Fantysův překlad je zde nepřesný – Hart nemluví o neurčitosti prostředku pro sdělování norem chování, ale těchto norem samotných, jak je patrné s použitého plurálu: „Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behaviour, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open texture.“ (Hart 1994: 127-8). I z originálu však, zdá se, plyne, že Hart této otevřené textuře rozuměl jako vlastnosti, kterou mohou pravidla „nabýt,“ nikoli jako vlastnosti imanentní pravidlům jakožto formám jazyka. Mezi Schauerovy „nejmenované profesory“ by tak zřejmě měl patřit i Hart.

¹⁶⁷ Tyto rysy Hart opět ilustruje na příkladu zákazu vozidel v parku. V případě aut či motocyklů je vše jasné – známe je a cílem zákonodárce zjevně bylo ochránit klid v parku právě před něčím takovým. V případě dětských elektrických autíček (nebo dnes i helikoptér) je vše jinak – zákonodárce o jejich existenci ani vědět nemusel, rozhodně není jednoznačné, zda bylo jeho cílem ochránit ticho v parku i před relativně poklidnou hrou dětí (Hart 2004: 133).

¹⁶⁸ Hartův popis realistické pozice, kterou kritizuje, není nijak zvlášť přesný – což ostatně od několika stránek textu nelze ani žádat. Zarazí však, že v pozdější recenzi *Morálky práva* Fullerovi vyčítá mimo jiné právě to, že útočí na „vlastní cvičné figuríny ze slámy“ (Hart 1965: 1288), tedy že dezinterpretuje a následně snadno poráží ideové oponenty. Hart zde v případě amerických právních realistů činí to samé.

– „tvrzení, že existují rozhodnutí soudu, (...) nelze (...) skloubit s popřením toho, že by vůbec nějaká pravidla existovala (...) [protože] existence soudu s sebou přináší i existenci sekundárních pravidel udělujících soudní pravomoci“ (140). Větší význam připisuje skepsi vůči pravidlům jako teorii o funkci pravidel v soudním rozhodování. I zde ji však vyčítá, že nezohledňuje ono „vnitřní hledisko“ pravidel, tedy nejenom faktické dodržování, ale i pocit nutnosti dodržování pravidel (67, 142). Přidává též jeden velmi trefný argument: důkazem toho, že jsme se ve svém jednání řídili nějakým pravidlem, je to, že „pokud je proti našemu jednání vznesena námitka, jsme připraveni se ospravedlnit odkazem právě na dané pravidlo“ (143).

Hart přitom nezpochybňuje důležitost předpovědí toho, jak soudy rozhodnou. Tvrdí však, že „soudy nepovažují právní pravidla za předpovědi, ale za normy, jichž se při svých rozhodnutích musí držet, [a které] omezují – třebaže nevylučují – volné uvážení soudů“ (150) – pravidla tedy tyto předpovědi umožňují, nelze je za ně ale zaměňovat. Závěrem proto Hart konstatuje:

„Formalismus a skepticismus vůči pravidlům jsou Skyllou a Charybdou právní teorie. Bývají do značné míry přehnané, ale jsou užitečné tam, kde se navzájem korigují. Pravda leží někde mezi nimi.“ (150)¹⁶⁹

Právo, spravedlnost a morálka

Posledním tématem, kterému se zde Hart obšírněji věnuje a které souvisí s tím, čemu se v této práci věnujeme, je vztah práva, spravedlnosti a morálky. Souvislost této obsáhlé problematiky a jejího podání v Pojmu práva s našim vlastním tématem je ovšem spíše okrajová, proto se zde zaměříme pouze na tu její nejrelevantnější část. Ve vztahu zákona (práva) a morálky tak Hart identifikuje zárodek spravedlnosti již v tom, že se zákon, jakkoli nemorální, dodržuje. Nicméně nemorální, leč platný

¹⁶⁹ Fantys se snaží, ale pouze v originálu je Hart skutečně „pleasure to read“: „Formalism and rule-scepticism are the Scylla and Charybdis of juristic theory; they are great exaggerations, salutary where they correct each other, and the truth lies between them.“ (Hart 1994: 147).

Velmi instruktivně to shrnuje skotská učebnice jurisprudence: „law is a system of rules supplemented by law-creating exercises of judicial discretion, where adjudication is best thought of as being a middle way between purely formal legal rationality and overstress on substantive rationality after the style of the Realists“ (Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 106).

zákon lze neaplikovat – nelze ovšem dle Harta říct, že je již kvůli této své nemorálnosti neplatný. Právo a morálka jsou dva odlišné a do značné míry samostatné systémy, které se sice vzájemně ovlivňují, nicméně nelze je smíchávat. Možnost kritiky platného práva z pozic morálky a spravedlnosti je pro (spravedlivý) právní systém bytostně důležitá, zcela by se ovšem ztratila, pokud bychom smíchali tyto dva ohledy. Navíc „pojetí práva, které dovoluje, aby byla neplatnost práva odlišena od jeho nemorálnosti, nám umožňuje vidět složitost a různorodost těchto samostatných problémů“ (208).

Na tomto místě Hartův Pojem práva opustíme, ačkoli ne úplně napořád – již jsme zmínili, že k posmrtně vydanému druhému vydání této jeho práce byl připojen dodatek („postskript“), v němž odpovídá na námitky. Přes odlišný původní úmysl se však dostalo pouze na kritiku nejvýznamnějšího, Hartova nástupce v křesle oxfordského profesora jurisprudence Ronalda Dworkina. Této diskusi s mysliteli mladší generace se budeme věnovat v další kapitole.

Lon L. Fuller: Morálka práva

Nyní ještě zůstaneme u Hartovy diskuse s jeho generačním druhem, Lonem Fullerem, která se z *Harvard Law Review* přesunula na pole monografií.

Fullerova *Morálka práva* (v českém překladu J. Příbáně vyšla jako Fuller 1998) vyšla poprvé v roce 1964¹⁷⁰ a dodnes zůstává nejvýznamnějším vyjádřením sekulárního (Duxbury 1995: 224) iusnaturalismu v historii právní teorie a filosofie. Zvláštní význam, který pojem „morálka“ nabývá v jeho díle, je dobře patrný již v jeho časopisecké odpovědi na Hartovu přednášku, teprve v této knize jej však naplno rozvíjí.

Nejprve zde provádí rozlišení dvou typů morálky – jeden nazývá morálkou povinnosti, druhý morálkou aspirace (Fuller 1998: 12an.). Morálka aspirace je morálkou „dobrého života, výtečnosti, nejplněnějšího uplatnění schopností člověka,“¹⁷¹

¹⁷⁰ Její obsah však vychází ze Storrs Lectures on Jurisprudence, které Fuller přednesl v roce 1963 na Yale Law School.

¹⁷¹ V terminologickém rozlišení Jana Sokola (2007: 148-52) se blíží etice, nejde však o totéž.

„začíná na vrcholu lidských počinů“ a je vyjádřením cílů, k nimž má směřovat lidské úsilí. Naproti tomu morálka povinnosti „začíná na nejnižší úrovni,“ „stanoví základní pravidla, bez nichž není uspořádaná společnost možná,“ a je tedy jakýmsi nutným společenským minimem (13).¹⁷² Nejde přitom o dva oddělené, proti sobě stojící systémy, ale spíš o kontinuum na jakési morální stupnici oddělené „neviditelnou ručičkou, jež označuje dělicí čáru, na které končí tlak povinnosti a začíná výzva k výtečnosti“ (17). Většina morálních sporů se přitom vede právě o to, na které straně této dělicí čáry se ten-který morální problém nachází.

Vnitřní morálka práva

Právě v tomto kontextu pak rozebírá „vnitřní morálku práva“: morálku, která právo umožňuje (jak zní název druhé kapitoly této knížky), tedy jakési „přirozené právo procesní,“ jak ji na jiném místě (92) nazývá, aby ji odlišil od běžných „materiálních“ pravidel přirozeného práva („hmotného“), k nimž se nijak nevyjadřuje. Svůj výklad začíná příběhem krále Rexe, který chce vybudovat nový právní řád, selhává však při tom postupně všemi osmi základními způsoby, které Fuller identifikuje (37-41). Těchto „osm cest ke zkáze“ pak souhrnně popisuje:

„První a nejzjevnější spočívá v neschopnosti vůbec dospět k pravidlům, takže každý případ se musí rozhodnout ad hoc. Ostatní cesty jsou: 2) neschopnost zveřejnit nebo přinejmenším straně jimi dotčené zpřístupnit pravidla, která má dodržovat; 3) zneužití retroaktivního zákonodárství, které nejen samo nemůže být vodítkem jednání, ale podkopává také integritu pravidel působících do budoucna, protože se vystavují hrozbě, že budou retroaktivně změněna; 4) neschopnost vytvořit srozumitelná pravidla; 5) uzákonění pravidel, která si odporují, nebo 6) pravidel, která vyžadují chování, jehož ten, na koho se vztahují, není schopen; 7) provádění tak častých změn pravidel, že ten, na koho se vztahují, se při svém jednání nemůže podle nich orientovat; a konečně

¹⁷² U Sokola je tedy někde na pomezí mravu a morálky. Fullerovo pojetí morálky povinnosti tak spíše odpovídá tomu, jak morálce rozumí Pavel Maršálek (2008: 20).

8) neschopnost dosáhnout shody mezi vyhlášenými pravidly a jejich uplatňováním v praxi.“ (41-2)

Těchto osm selhání představuje osm způsobů nedostání vnitřní morálce práva vedoucích „k něčemu, co se správně vůbec systémem práva nenazývá“ (42). Na druhé straně jim odpovídá „osm druhů právní výtečnosti, o které může systém pravidel usilovat,“ přičemž se zde ona vnitřní morálka práva pohybuje na celé škále morálky povinnosti i aspirace, jak ji Fuller představil předtím.¹⁷³

Na prvním místě je tedy požadavek obecnosti, který si svou formou vynucuje sama existence pravidel (48-50). Druhým bodem je nutnost vyhlašování zákonů, tedy požadavek na jejich adekvátní zveřejňování (51-2). Třetím bodem je teze, že by zákony neměli být retroaktivní – a to prostě proto, že je-li jejich účelem regulace lidského chování, jenom stěží tak mohou činit zpětně. Fuller však v tomto bodě není zcela striktní,¹⁷⁴ a ačkoli například v trestním právu retroaktivitu v zásadě odmítá, v daňovém právu ji v zásadě neodmítá. Ideální aspirací je však nepochybně právo bez retroaktivních zásahů (53-62). Čtvrtým bodem je jasnost zákonů, která je požadavkem na legislativní proces, spadá sem ovšem i možnost a rozsah implicitní delegace formulování pravidel na soudní a správní rozhodující orgány (63-5). Pátý bod se týká rozporů v zákonech. Fuller zde tvrdí, že nejde o problém logiky, ale právě vnitřní morálky práva – není nelogické k něčemu člověka zákonem donutit a pak jej za to na základě jiného zákona potrestat; jde spíš o to, že to nedává smysl, tedy odporuje to účelnosti práva jako řízení lidského jednání pravidly (65-9). Šestý bod se vyjadřuje k zákonům požadujícím nemožné. Zde se nejspornějším jeví být princip objektivní odpovědnosti, který se vůči této zásadě vnitřní morálky práva provinuje, aniž by to bylo na první pohled zjevné (69-77). Sedmým bodem je požadavek na

¹⁷³ Harris (1997: 147) v tomto bodě Fullera dezinterpretuje a tvrdí, že snad až na jeden náleží všech osm bodů k morálce aspirace. Dle Fullera ale se ve skutečně fungujícím právním systému uplatňuje v oblasti morálky aspirace všech osm bodů – byť je u každého z nich někde jinde ona oddělovací ručička. Absolutní neplnění některého z Fullerem nastíněných bodů znemožňuje fungování právního systému vůbec, jeho pouze rudimentární pak z onoho právního systému činí právní systém „s výhradou“ – právě za takový považoval například právní systém nacistického Německa (Fuller 1998: 42-3).

¹⁷⁴ Vyjadřuje to velice trefnými slovy: „ačkoliv náležitým pohybem práva v čase je pohyb vpřed, někdy se musíme zastavit, obrátit a posbírat spadlé kusy“ (Fuller 1998: 54).

stálost práva v čase (77-8), osmým pak „shoda mezi úředním postupem a deklarovaným pravidlem,“ tedy požadavek, aby aplikace práva odpovídala jeho formulovaným pravidlům. Fuller sám tento bod považuje za nejkomplexnější, a podrobně se zabývá různými způsoby, jak lze vůči tomuto ideálu hřešit (79-88).¹⁷⁵

Přímá polemika s Hartem a pozitivismem

Výše uvedené principy legality či vnitřní morálky práva lze považovat za nepřímou polemiku s Hartovým pojetím právního řádu jako jednoty primárních a sekundárních pravidel. Fuller se však vůči Hartovi vymezuje i přímo a adresně – třetí kapitolu své knihy nazývá *Pojem práva* a název jednoho z jejích oddílů je pak přímo *Hartův The Concept of Law*. Zde uvádí i pokus o elementární vymezení práva: „právo je činnost spočívající v podřizování lidského chování pravidlům“ (100). Právo je tedy aktivita a právní řád je výsledek cílevědomého, účelného úsilí. A právě v nezohledňování účelu a úsilí v myšlení o právu u Harta lze vidět to, v čem Fuller považuje jeho pojetí práva za formalistické. Samotnou kritiku Hartovy knížky pak Fuller zaměřuje na kritiku jeho „pravidla uznání“ a rozlišení pravidel na pravidla určující povinnosti a pravidla poskytující oprávnění či udělující pravomoci (124).¹⁷⁶ Ve vztahu k pravidlu uznání mu vyčítá, že se „pomocí tohoto pravidla pokouší dát čistě právnické odpovědi na otázky, které jsou svou podstatou otázkami sociologických fakt“ (131), v rozlišení dvou typů pravidel pak nachází příliš mnoho nejasností a sporných míst (125-7). Celou polemiku s pozitivismem pak shrnuje tento Fullerův popis:

¹⁷⁵ Těchto osm požadavků či principů legality (jak je místy Fuller sám nazývá) bývá vnímáno jako jádro jeho právní teorie. Podrobněji než zde, přesto však krátce a přehledně je rozebírá například Harris (1997: 146-7).

¹⁷⁶ Jiří Příbáň v (starším) překladu Fullerovy knihy používá první (Fuller 1998: 124), Petr Fantys v (novějším a Příbáněm kontrolovaném) překladu Hartovy knihy druhý (např. Hart 2004: 91) z uvedených pojmů. V originálu Hart používá tato slova: „Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private.“ (Hart 1994: 81). Nutno říct, že terminologická odlišnost obou českých překladů není zcela nahodilá. Pro vlastní Hartovu práci je přílehavější Fantysův překlad „powers“ jako „pravomoci,“ Fullerově protiargumentaci však lépe odpovídá Příbáňovo „oprávnění.“ I na tom je dobře vidět, že obě díla se svými akcenty do značné míry míjejí.

„Tvrdil jsem, že na právo se má pohlížet jako na cílenou činnost, jejíž úspěch závisí na energii, pochopení, inteligenci a svědomitosti těch, kdo ji konají, a již je vzhledem k této závislosti souzeno, že svých cílů nikdy zcela nedosáhne. V protikladu k tomuto pohledu stojí tvrzení, že právo se musí pokládat za manifestovaný fakt společenské autority či moci, na němž se má studovat, jaký je a co dělá, a ne, co se snaží dělat nebo čím se snaží stát.“ (135)

Tuto tezi pak ještě rozvíjí pohledem na formální strukturu práva jako systému, která taktéž závisí na lidském úsilí. To, spolu s Weberem, dokládá konstatováním, že ač tato formální struktura nutně má mezery umožňující absurdnosti, lidé je „obvykle nedělají,“ protože by „zmařily celý podnik, na němž se podílejí“ (137-8). Příliš velký důraz na formální strukturu a hierarchii práva tak „zapomíná na to, že žádný soubor směrnic vycházejících shůry nemůže nahradit rozumné jednání vedené vědomím účelu“ (139).

Fullerova *Morálka práva* tak sice je kritickou odpovědí na Hartův *Pojem práva*, jenom stěží ji však lze považovat za její protipól. Mnohem přiléhavější tak bude, označíme-li je za díla vytyčující osy prostoru dalšího právněfilosofického myšlení.

Závěr debaty Harta a Fullera

Debata Harta a Fullera ovšem pokračovala dál, a to zejména Hartovou obsáhlou recenzí *Morálky práva* (Hart 1965) a Fullerovou *Odpovědí kritikům* zařazenou do *Morálky práva* v pozdějších vydáních jako pátá kapitola. Ve své velmi polemické recenzi (v níž hned na úvod Hart přiznává obavu, že jeho a Fullerova východiska a zájmy v právní teorii jsou natolik odlišné, že jim možná vůbec není souzeno pochopit práci toho druhého (Hart 1965: 1281)) Hart Fullerovi vyčítá zejména jisté matení pojmů, když jako „vnitřní morálku práva“ označuje osm tezí, které lze výstižněji označit za principy legality, což má ve spojení s rozlišením dvojího typu morálky až

groteskní důsledky (1284-6).¹⁷⁷ Na to Fuller odpovídá, že právě nepochopení toho, proč tyto teze nazývá vnitřní morálkou práva, nejlépe ukazuje rozdílnost zamlčovaných východisek jak jeho kritiků, tak Fullera samotného (Fuller 1998: 185). U svých kritiků pak toto východisko spatřuje v pojmání práva jako „manažerského řízení“ (192, 196 a jinde).

Fullerova *Odpověď kritikům* pak není jenom završením jeho debaty s Hartem. Může nám posloužit také jako odrazový můstek k další diskusi, jejímiž hlavními protagonisty jsou příslušníci mladší generace. Fuller se zde totiž na prahu důchodu vyrovnává nejen s kritikou svého (o pět let mladšího) generačního souputníka Harta, ale také příslušníků generace svých studentů – Roberta Summerse a zejména Ronalda Dworkina.¹⁷⁸ Právě ten se záhy stal nejen nástupcem Harta na pozici oxfordského profesora jurisprudence, ale také Hartovým nejvýznamnějším kritikem. K tomu ale v další kapitole.

¹⁷⁷ Vlastní rozlišení morálky povinnosti a morálky aspirace však Hart kvituje jako významný přínos nejen pro právní teorii. Připomíná však nutnost rozlišovat také akceptovanou morálku sociální skupiny a osobní morálku jednotlivců (Hart 1965: 1283, pozn. 2) – zde předznamenává Sokolovo rozlišení (společenského) mravu a (individuální) morálky (Sokol 2007: 148-151).

¹⁷⁸ Dworkin sám sice za Fullerova působení na Harvard Law School studoval, s Fullerem se však příliš nesešel, neboť si Jurisprudenci jako předmět nezapsal (Guest 1991: 5).

7. Sny a noční můry

Když v roce 1968 Herbert L. A. Hart ohlásil záměr rezignovat na svou pozici profesora jurisprudence na Oxfordské univerzitě, vyvstala otázka, kým tuto zcela zásadní osobnost právní teorie na tomto nejprestižnějším evropském postu ¹⁷⁹ nahradit. Sám Hart sice nepatřil do komise, která měla o nástupci rozhodnout, na výběru svého nástupce (a tedy pokračování prestiže onoho postu, kterou se mu svým dílem povedlo vybudovat) však měl eminentní zájem. Pro mnohé pak bylo překvapením, že se jeho nástupcem (s Hartovým důrazným neformálním přičiněním) nestal žádný z jeho žáků či pokračovatelů, ale naopak jeden z jeho pozdějších nejvýznamnějších kritiků, v té době profesor právní teorie na Yale Law School, Ronald Dworkin (Lacey 2004: 291-3).

Ronald Dworkin

Ronald Dworkin (1931-2013) se původně zajímal spíše o filosofii. Pregraduálně studoval na Harvard College, posléze absolvoval bakalářské studium jurisprudence v Oxfordu (Hart četl jeho závěrečnou práci), vrátil se na Harvard Law School, a po absolvování tohoto právnického studia se věnoval praxi – nejdříve jako asistent významného amerického soudce jménem Learned Hand,¹⁸⁰ posléze jako advokát v newyorské právní kanceláři. Od roku 1962 přednášel na Yale Law School, kde se v roce 1968 stal profesorem jurisprudence. O rok později byl jmenován profesorem jurisprudence v Oxfordu, kde setrval až do roku 1998. Souběžně se od roku 1975 stal profesorem na New York University, kde působil až do smrti (jako profesor práva i

¹⁷⁹ Nicola Lacey doslova uvádí, že Hart vybudoval prestiž nejen jurisprudence jako vědní oblasti, ale také křesla oxfordského profesora jurisprudence jako jejího trůnu (Lacey 2004: 290).

¹⁸⁰ Nehodí se znásilňovat český jazyk ani jména cizinců krkolomným skloňováním. Celé jméno tohoto mimořádně věhlasného soudce bylo Billings Learned Hand a vskutku nešlo o potomka původních obyvatel Severní Ameriky, ale úspěšných právníků z hlavního města státu New York, Albany. V rodině jeho matky bylo tradicí dávat příjmení z matčiny strany jako (další) křestní jména – její otec i bratr se jmenovali Billings Peck Learned, u svého syna starší příjmení Peck vynechala. Říkat mu jednoduše Bill zjevně nikoho nenapadlo, již z vlastní rodiny si tak jako křestní jméno přinesl jméno Learned. Své první křestní jméno však zcela opustil až ve věku 27 let (Gunther 1994: 3-5).

filosofie). Po odchodu z Oxfordu začal Dworkin více působit na University College v Londýně, s níž spolupracoval již od 80. let (Guest 1991: 1-2). Na konci života působil zejména na NYU, přičemž se ve svých 80 letech podílel na vzniku nové soukromé vysoké školy v Londýně. Kromě svého akademického působení byl Dworkin dlouhodobě výrazně činný i ve veřejném prostoru, celá desetiletí například pravidelně publikoval v *The New York Review of Books*. Zemřel v době dokončování této práce, začátkem roku 2013 v Londýně.¹⁸¹

Když se v roce 1969 stal oxfordským profesorem, jeho akademická kariéra byla teprve na začátku. Přesto však již předtím jeden výrazný úspěch zaznamenal – a to svým článkem *The Model of Rules* z roku 1967, v němž brilantně shrnuje hlavní teze Hartova *Pojmu práva*, ale také „soustředěně a konstruktivně útočí“ na jeho tezi práva jako systému pravidel (Guest 1991: 2). O deset let později se tento článek stal základem jeho první stěžejní monografie, *Taking Rights Seriously* (poprvé vyšla v roce 1976, posléze k ní Dworkin připojil dodatek – odpověď kritikům (Dworkin 1978), v českém překladu Z. Masopusta vyšla jako *Když se práva berou vážně* (Dworkin 2001)), kde je přetištěn jako druhá kapitola. Tato sbírka esejů záhy získala Dworkinovi celosvětový věhlas (Lacey 2004: 328). Další, podobně významnou sbírkou esejů z jeho vrcholného období je *A Matter of Principle* (Dworkin 1985), z opravdu monografických děl zmiňme alespoň *Law's Empire* z roku 1985 nebo *Justice in Robes* z roku 2006.

Hart o Dworkinovi: „vznešený sen“

A právě diskuse s Dworkinem je dalším ze zásadních vkladů Harta do historie právní teorie, ačkoli se odehrávala až na sklonku jeho dlouhého plodného života. Jejím grandiózním otevřením je přednáška, kterou ve svých 70 letech Hart proslovil na University of Georgia School of Law v dubnu 1977 a která posléze vyšla v Georgia Law Review pod výmluvným názvem *Americká jurisprudence pohledem Angličana: noční můra a vznešený sen* (Hart 1977). Hart se zde věnuje popisu americké právní teorie z pohledu vnějšího pozorovatele, který jako její význačný rys vidí to, že se

¹⁸¹ Po této úpravě textu autor této práce opravdu netoužil. Srov. jeho nekrolog z pera G. Hodgsona ze dne 14.2.2013 na serveru Guardian.co.uk [15].

zabývá především soudními rozhodnutími. To považuje za důsledek toho, že i zcela jasný, formálně bezvadný zákon přijatý v Kongresu velkou většinou může být – „k údivu anglického právníka“ – shledán Nejvyšším soudem USA protiústavním a tedy neplatným (Hart 1977: 971). Americké soudy tak „dělají něco zcela odlišného od toho, co běžné právní myšlení ve všech zemích vnímá jako standardní funkci soudu, tedy od nestranné aplikace určitých právních pravidel při řešení sporů,“ přičemž to, co tyto soudy dělají, se anglickému právníkovi „alespoň na první pohled“ jeví jako „v demokracii stěží odůvodnitelné“ (971).¹⁸²

Hart shledává, že postoj americké jurisprudence k této problematice „osciluje mezi dvěma extrémy“ (971). Jedním je „noční můra“ absolutní neurčitosti, tím druhým pak „vznešený sen“ absolutní určitosti. „Noční můru“ nejvíce spojuje s americkým právním realismem a jeho nedůvěrou vůči závazné síle pravidel, ale za největší recentní (přednáška byla, připomeňme, proslovena v roce 1977) projev této tendence v americké právní praxi považuje rozhodnutí ve věci *Roe v. Wade* z roku 1973, které zrušilo staleté předpisy zakazující potraty v mnoha státech USA a tedy „jediným soudním úderem“ dosáhlo víc, než léta diskusí v britském parlamentu (973).¹⁸³ Jádrem této tendence je přesvědčení, že soudy nejen nalézají, ale také tvoří právo – ať již je toto přesvědčení vyjádřeno pregnantní argumentací jako v případě *Graye*, nebo aforisticky jako u *Holmese* či *Llewellyna*,¹⁸⁴ což Hart považuje za zastírání skutečně normativní povahy práva. Přesto vidí i přínosy tohoto přístupu, ačkoli je lze vyvodit spíše implicitně z děl těchto autorů v konkrétních právních

¹⁸² Tato ostrá kritika abstraktní kontroly ústavnosti je u Harta o to více zarážející, že jejím ideovým otcem je Hans Kelsen, na něhož Hart na mnoha místech navazuje. Není přitom zcela rozhodné, že Nejvyšší soud USA ji uplatňoval již dlouho předtím, než ji Kelsen svým konceptem hierarchie norem teoreticky odůvodnil.

¹⁸³ Hart poznamenává, že zde by ve svém slavném a námi zmiňovaném disentu soudce Holmes vyměnil Herberta Spencera za Johna Stuarta Milla (Hart 1977: 973). Dodejme, že Nejvyšší soud USA zde rozhodl na základě ochrany práva ženy na soukromí, které není v Ústavě USA nikde explicitně uvedeno. Pregnantní kritiku tohoto postupu z pera autora, který jinak onen výsledek podporoval, obsahuje článek J. H. Elyho s rovněž velmi výstižným, o to hůře ale přeložitelným názvem *The Wages of Crying Wolf* – tedy něco jako *Odplata za zbytečné volání o pomoc* (Ely 1973). Elyho název je složen z biblického rčení „The wages of sin is death“ (Ř 6, 23; v Nové bibli králické verš zní „odplatou za hřích je smrt“, v Českém ekumenickém překladu „mzdou hříchu je smrt“) a idiomu pocházejícího z Ezopovy bajky o pastýři a vlku.

¹⁸⁴ O těch nicméně Hart říká, že mysleli „něco mnohem méně extravagantní, než co zdánlivě říkaly ony slogany.“ K Frankovi takto shovívavý zdaleka není (Hart 1977: 969).

oblastech než z jejich obecných teorií. Nejpřínosnější vliv je na právní vzdělávání, kde se „méně extrémním realistům“ podařilo

„přesvědčit mnohé soudce a právníky, v praxi i akademii, o dvou věcech: za prvé, že by měli vždy podezřívát, ačkoli ne vždy odmítat, tvrzení, že existující právní pravidla nebo precedenty jsou dostatečně pevná a úplná omezení na to, aby bez mimoprávních úvah určovala, jaké by mělo být rozhodnutí soudu; za druhé, že by se soudci neměli snažit tiše propašovat do práva vlastní pojetí záměrů práva nebo spravedlnosti nebo sociální politiky nebo jiných mimoprávních prvků potřebných pro rozhodování, ale naopak by je měli otevřeně označit a diskutovat.“¹⁸⁵

Antitezí této „noční můry“ a opačným extrémem americké jurisprudence je „vznešený sen,“ podle kterého lze na každou právní otázku najít právě jednu správnou právní odpověď, a to i v případě, že příslušný zákon je v daném bodě neurčitý. Nejde přitom o jakousi reinkarnaci přirozeného práva, protože na rozdíl od jeho univerzálního charakteru se zde vychází z partikularismu, z „témat a tvaru jednotlivého právního systému a specifických účelů a hodnot sledovaných právem v konkrétní společnosti“ (978-9). I zde používá Hart jako příklad Llewellyna, a to jeho vznešený styl v soudním rozhodování, a také Pounda, dle kterého právo tvoří nejen přesná pravidla, ale i obecné principy umožňující právo nalézat i v případě, že k tomu ony pravidla nestačí.

Nejvýznačnější moderní verzí „vznešeného snu“ je však právě teorie Ronalda Dworkina, Hartova nástupce na Oxfordu. Ten „podobně jako Pound odmítá myšlenku, že právní systém je tvořen pouze svými explicitními autoritativními pravidly,“ a zdůrazňuje implicitní principy, a „podobně jako Llewellyn odmítá

¹⁸⁵ V originálu: „For its main effect was to convince many judges and lawyers, practical and academic, of two things: first, that they should always suspect, although not always in the end reject, any claim that existing legal rules or precedents were constraints strong and complete enough to determine what a court's decision should be without other extra-legal considerations; secondly, that judges should not seek to bootleg silently into the law their own conceptions of the law's aims or justice or social policy or other extra-legal elements required for decision, but should openly identify and discuss them.“ (Hart 1977: 977-8).

myšlenku (...), že když jsou explicitní pravidla neurčitá, musí soudce odložit právní knihy a začít právo tvořit podle své osobní morálky nebo pojetí společenského dobra či spravedlnosti“ (983). I v těch nejtěžších případech tak soudce nemá právo tvořit – má pouze říct, co se domnívá, že právo je. Soudce musí zvážit všechny navzájem si odporující teorie základních hodnot chráněných právním řádem a posoudit, která převažuje – pro tento vskutku herkulovský úkol jej ostatně Dworkin i nazývá Herkulem. A je jasné, že se ve výsledku může mýlit – skuteční herkulovští soudcové pocházející z různých prostředí se dokonce mohou mýlit všichni. Základem Dworkinovy teorie však podle Harta je, že

„aby jim to, co dělají, dávalo smysl, musí soudci věřit, že existuje nějaká jedna teorie, jakkoli složitá, a nějaké jedno řešení předmětného případu z ní vyplývající, které jediné je správné.“¹⁸⁶

R. Dworkin: Když se práva berou vážně

Co to teda Hart u Dworkina v této přednášce kritizuje? Připomeňme, že v roce, kdy byla Hartova přednáška proslovena a kdy vyšla i písemně, vyšla také Dworkinova první zásadní kniha *Taking Rights Seriously*, která však byla z větší části souborem již vydaných časopiseckých statí shrnutých do podoby monografie. Jeho dílo stojí na kritice pozitivistického přístupu k právu, a to ze zcela nových pozic než jsou ty zastávané přirozenoprávními teoretiky nebo zastánci právního realismu a jiných kritických proudů. Dalo by se snad dokonce říct, že jeho kritika jde z pozic zcela opačných.¹⁸⁷

Prvním krokem jeho kritiky je odmítnutí pojetí práva jako systému pravidel a jenom pravidel. Již v knize *Když se práva berou vážně* (Dworkin 2001) Dworkin

¹⁸⁶ Slovy autora: „Nonetheless, to make sense of what they do, judges must believe that there is some single theory, however complex, and some single solution for the instant case derivable from it, which is uniquely correct.“ (Hart 1977: 984).

¹⁸⁷ Shrnutí Dworkinova díla v zásadě přebíráme z diplomové práce autora předkládané práce (Brezina 2006), která vychází jak z primárních (Dworkin 2001, Dworkin 1986), tak sekundárních (zejména Harris 1997: 187-210, Guest 1991) pramenů.

argumentuje nutností zohlednění jiných typů standardů, z nichž explicitně uvádí principy a politiky. Tyto standardy se od pravidel liší v několika navzájem souvisejících ohledech. Za prvé mají „horizontální“ povahu, prostupují celým právním řádem, a i kvůli tomu mají mnohem obecnější podobu. Za druhé, neuplatňují se jako pravidla systémem „všechno nebo nic“: ostatní standardy ukazují „určitým směrem“ (Dworkin 1978: 26, Dworkin 2001: 48), tedy naznačují jistou tendenci v právním řádu, která se uplatní tehdy, nepřeváží-li jiné právní standardy. Na rozdíl od pravidel, která by alespoň v ideálním případě neměla být ve vzájemném rozporu, je protichůdnost ostatních standardů zcela běžná a nutná, a proto se při jejich aplikaci (za třetí) přistupuje k jejich vážení (a ostatní standardy se aplikují, jenom převáží-li nad jinými standardy a jenom do té míry, aby to vyvážilo neaplikování těchto jiných standardů), což je (za čtvrté) vyjádřeno již v jejich logické struktuře¹⁸⁸ (Dworkin 2001: 48an.). Je dobré si rovněž uvědomit, že při těchto ostatních standardech schází jakýkoli formální test platnosti typu pravidla uznání – svou platnost čerpají za zcela jiných zdrojů.

Ve druhém kroku přichází Dworkin s otázkou tzv. obtížných případů. S jejich pomocí demonstruje, že na pomezí jednotlivých pravidel, v „šedé zóně“ je obklopující, nejjí pojetí práva omezeného na soubor pravidel s to případ vyřešit, a soudce se nutně uchyluje k argumentaci jinými standardy. Dworkin nicméně popírá, že by vytvářel nové právo – a dokládá to na příkladech několika slavných případů z americké právní historie, kde se soudci rovněž nepřeli o to, zda právo rozšířit, nýbrž o to, co právo (dokonce zákon) „řádně čteno“ vskutku praví. Nejzřetelnější je to v případě vraždy dědečka dědicím vnukem ve věci *Riggs v. Palmer* (Dworkin 1986: 15-20).

Dworkinův přístup k právu je holistický – na každou otázku právní řád zná právě jednu správnou (nejsprávnější) odpověď, a to právě proto, že není tvořen jenom pravidly, ale i jinými, mnohem subtilnějšími standardy. Vezme-li se do úvahy celý takto vymezený právní řád, vždy lze nalézt právě jedno řešení,¹⁸⁹ které na vznesený problém „pasuje“. Dworkin však jde ještě dál: tvrdí, že bere-li se při

¹⁸⁸ K logické struktuře právního principu srov. Kühn 1999: 94.

¹⁸⁹ Pro toto shrnutí Dworkinovy argumentace není podstatné, že později připustil, že mohou existovat případy bez jediné správné odpovědi, budou však extrémně zřídka (Dworkin 1985: 144).

rozhodování v potaz právní řád jako celek, tyto ostatní standardy vstupují do úvahy již od počátku, nikoli až selže-li snaha o řešení pomocí zákonných práv (Dworkin 2001: 165). Je ovšem zřejmé, že k takovému holistickému přístupu a obsáhnutí právního řádu má každý živý lidský soudce, jakkoli by si to přál, velmi daleko. Dworkin proto přichází s fikcí nadlidského soudce Herkula,¹⁹⁰ který právě obsáhnutí celého právního řádu, posouzení každé možnosti a výběru té nejlepší alternativy schopen je. Právě na něm předvádí svou argumentaci, tvrdí však, že skuteční a nejlepší soudci rozhodují (pomaleji a méně přesně) podobným způsobem (Dworkin 2001: 170-1, důrazněji Dworkin 1986: 353-4). Lze tak shrnout, že pro Dworkina nejsou „obtížné případy“ patologickými jevy, při nichž musí právní rozhodování vystoupit z obvyklých kolejí do větší či menší libovůle, ale jsou to naopak klíčové jevy poukazující na to, že právo je vždy interpretací (Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 112).

R. Dworkin: Law's Empire

Třetím krokem jeho kritiky pozitivizmu je monografie *Law's Empire* a po ní následující práce a eseje. Dworkin zde již zcela opouští „normativní“ diskurs: nemluví již o pravidlech a principech jako rozlišitelných entitách v rámci právního systému, ale posouvá se k více hermeneutickému pohledu. Říká, že „právní praxe (...) je argumentační“ (Dworkin 1986: 13), místo principů mluví o „principiální argumentaci“ a přichází s modelem konstruktivní interpretace jakožto základního přístupu k právu. Dworkin zde používá slova „interpretace“ ve specifickém významu, který pokrývá jenom část jeho významu běžného. Je to ten přístup k dílu (či věci obecně), který se toto dílo snaží vnímat (zpracovat, rozvinout) tak, aby bylo co nejlepší, aby se ukázalo v co nejlepším světle. Je to „interakce mezi účelem a

¹⁹⁰ Tato Dworkinova pomůcka se poprvé objevuje v roce 1975 v článku o „obtížných případech,“ který se později stal čtvrtou kapitolou knihy *Když se práva berou vážně*. V této esejí proti němu staví soudce Herberta jako ztělesnění klasického myšlení o soudním rozhodování – a zjevnou narážku na Harta (Dworkin 2001: 164 a jinde).

předmětem“ (Dworkin 1986: 52), přičemž ovšem účel se v textu nemá hledat, má se na něj „uvalit“: interpretace musí aplikovat záměr, intenci (Dworkin 1986: 55).¹⁹¹

I k právu přistupujeme obdobně: v první etapě („předinterpretační“) ¹⁹² identifikujeme složky, které tvoří součást práva, ve druhé (interpretační) vytváříme teorii, která je ukazuje v nejlepším světle (tedy nikoli nutně „jak si to autor přál“), ve třetí (pointinterpretační) řešíme jednotlivé právní problémy. A to nehledě na to, zda jsme v pozici soudce, právního poradce či právního vědce a teoretika (Harris 1997: 190, Dworkin 1986: 65-6). Je-li tedy právo interpretační, jak Dworkin tvrdí, zahrnuje-li jakékoli uvažování o právu interpretaci, je nutně mylné se domnívat, že může být zbaveno hodnot a pomíjet souvislost s mravem, jak tomu je v teoriích Kelsena či Harta. Tyto okolnosti jsou při jakémkoli uvažování o právu přítomny vždy, od samého počátku, a tedy nikoli jako „berličky“, o které se lze opřít při rozhodování obtížných případů, což by někteří pozitivisté ještě připustili.

Právo je tedy interpretační, a to i jako celek. Co je jeho účelem? Dworkin odpovídá:

„nejabstraktnějším a nejzákladnějším na právní praxi je usměrňovat a omezovat moc vlády následujícím způsobem. Právo trvá na tom, aby se síly užívalo nebo neužívalo (...) jenom tak, jak to umožňují nebo vyžadují individuální práva a povinnosti plynoucí z minulých politických rozhodnutí o tom, kdy je užití kolektivní síly oprávněné.“¹⁹³

¹⁹¹ Jako ilustrativní příklad uvádí i on Shakespearova *Kupce benátského*: dobrá dramatizace (interpretace) této hry bude nejspíš velmi odlišná od původního záměru autora, jelikož musí zohlednit naši dobu, kulturu a zkušenosti (a tudíž jen stěží bude natolik prvoplánově antisemitská jako v době svého vzniku).

¹⁹² V uvozovkách toto označení uvádí i Dworkin, jelikož si dobře uvědomuje, že již tento výběr „textu“ je interpretací (srov. Dworkin 1986: 66).

¹⁹³ V originálu: „the most abstract and fundamental point of legal practice is to guide and constrain the power of government in the following way. Law insists that force not be used or withheld, no matter how useful that would be to ends in view, no matter how beneficial or noble these ends, except as licensed or required by individual rights and responsibilities flowing from past political decisions about when collective force is justified.“ (Dworkin 1986: 93).

Dworkin poté nabízí tři (pro tento účel vytvořené, ovšem z právněteoretické literatury čerpající) koncepce práva, které se k tomuto účelu jistým způsobem stavějí a různě odpovídají na tři základní otázky: „existuje důvod požadovat, aby byla veřejná moc uvedeným způsobem omezena?“, „jaký je to důvod?“ a „jaké pojetí konzistentnosti s minulými rozhodnutími tomu nejlépe slouží?“. První z nich je „konvencionalismus“, který zhruba odpovídá „měkkému“ pozitivismu – existují jasné společenské konvence, které vymezují pravidla pro uplatnění moci, jejich účelem je právní jistota a předvídatelnost, a konzistentnost se omezuje na to, co z minulých rozhodnutí jasně plyne nebo je odvoditelné konvenčně akceptovaným způsobem. Další nazývá „právní pragmatismus“, což je Dworkinova verze právního realismu: již na první otázku odpovídá negativně – neexistuje důvod rozhodování soudů takto omezovat a ani konzistentnost s minulými rozhodnutími sama o sobě nemá hodnotu, lidé nemají žádná zákonná práva, nicméně soudy se z pragmatických důvodů mohou tvářit, „jakoby“ je lidé měli. Poslední z nich je „právo jako integrita“, což je jeho vlastní koncepce. Ta opět odpovídá na první otázku kladně, nicméně zcela jinak na otázku druhou: důvodem omezení není jen předvídatelnost nebo jiná instrumentalita, ale „zabezpečení takové rovnosti mezi občany, díky které bude jejich společenství opravdovější, a která zvýší jeho morální oprávnění vykonávat politickou moc“ (Dworkin 1986: 96) – širší než u konvencionalismu je proto i odpověď na třetí otázku (Dworkin 1986: 94-6, Harris 1997: 191).

Právo jako integrita

Konvencionalismu a pragmatismu se zde již dále nebudeme věnovat, toto shrnutí argumentace ukončíme vlastní Dworkinovou koncepcí práva jako integrity. Důležitým východiskem jeho úvah je to, že v politickém sdružení (jako je třeba společnost) platí podobně jako v rodině či mezi přáteli závazky, které nazývá asociačními nebo bratrskými závazky. Identifikuje čtyři jejich inherentní rysy: tyto závazky jsou speciální a týkají se lidí v rámci skupiny, jsou osobní, tedy mezi členy jednotlivě, nikoli vůči skupině jako celku, tyto povinnosti musí vyplývat z obecnější povinnosti starosti o dobro ostatních ve skupině, a tato starost musí být rovnocenná vůči všem členům (Dworkin 1986: 199-200). Do tohoto schématu pak zapadá

identifikace integrity (obecně) jako hodnoty či ctnosti, kterou náš politický život uznává (Dworkin 1986: 186). Právě z práva na rovnocenné zacházení v rámci společnosti a v souladu s jejími standardy pak nutně plynou individuální práva a povinnosti jejích členů (Harris 1997: 193).

Do takto vymezeného pole staví Dworkin interpretační schéma, které výše zmíněné integritě může dostat. Tato interpretace musí v nejlepším možném světle zohledňovat celek tohoto pole, a to jak jeho dimenzi „pasování“ na konkrétní fakta, tak dimenzi „substantivní“, v níž identifikuje tři momenty: „*fairness*“ ve smyslu spravedlnosti, řádnosti či legitimacy v oblasti vytváření rozhodujících orgánů (Dworkin 1986: 164-6), spravedlnost („*justice*“) ve smyslu práv a politických cílů, jak by je stanovil ideální zákonodárce, a „řádný proces“ ve smyslu, který mu zhruba přisuzujeme. Vedle těchto momentů ovšem stojí ještě integrita sama jako politická hodnota. Na pomoc opět přichází soudce Herkules, který všechny tyto dimenze je s to obsáhnout a náležitě zhodnotit, a na jeho kariéře nám Dworkin předvádí, jak by se rozhodování ve smyslu práva jako integrity mělo realizovat.¹⁹⁴ Zde jeho výklad definitivně opustíme, neboť jde vskutku jenom o exemplifikaci tohoto přístupu, navíc doplněnou o časté exkurze do jiných, komplementárních teorií, kterým se budeme věnovat v další kapitole. Jak ostatně Dworkin sám říká, jde o přístup, jehož základem nejsou odpovědi, ale otázky. Odpovědi, které dává, reflektují politická a morální stanoviska autora (a jelikož Herkules je jenom představou, stanoviska Dworkinova) a mají proto opravdu jen ilustrativní význam (Dworkin 1986: 239).

Postskript

Než diskusi Harta a Dworkina definitivně opustíme, zmiňme se ještě krátce o posledním bodě jejich diskuse, Hartovu posmrtně vydanému *Dodatku* k druhému vydání *Pojmu práva*. Hart zde souhlasí s tezí uvedenou Dworkinem v jeho *Odpovědi kritikům* připojené k pozdějším vydáním knihy *Když se práva berou vážně* (Dworkin 1978: 292-3, Dworkin 2001: 361-2), podle které není Dworkinova kritika

¹⁹⁴ Pomáhá si přitom také metaforou „řetězového románu“, tedy literárního díla několika autorů, kteří jednotlivé kapitoly píšou postupně, jednu po druhé, přičemž každý navazuje na to, co jiní napsali před ním, pokouší se to interpretovat v co nejlepším světle a právě v tom duchu k tomuto dílu i přidat svou vlastní kapitolu (Dworkin 1986: 228an.).

pouze kritikou dílčích aspektů Hartovy teorie, ale spíše snahou o zásadní přehodnocení pojetí práva (Hart 1994: 239, Hart 2004: 234). Hart zde také přiznává, že do jisté míry podcenil svůj výklad o rozhodování a že v jeho systému pravidel skutečné scházejí principy, odmítá však, že by tento nedostatek vyplýval ze samotné povahy jeho argumentace. Tvrdí tedy, že „vše, co je v této kritice platné, lze bez nějakých zvláštních důsledků přizpůsobit [Hartově] teorii jako celku“ (Hart 1994: 259, Hart 2004: 252). Za nejostřejší vzájemný rozpor pak Hart označuje Dworkinovo tvrzení, že pro všechny případy existuje v dané jurisdikci jedno správné řešení. K tomu ale zbývá dodat jenom to, že Hartova obrana zde není příliš přesvědčivá, je krátká a její začátek se dokonce v jeho písemnostech, z nichž byl *Dodatek* sestaven, vyskytuje ve dvou variantách (srov. Hart 1994: 272 a 306-7, Hart 2004: 264 a 302). Hart si tedy byl klíčového charakteru tohoto rozporu dobře vědom, nebylo mu však již dopřáno, aby jej vyjevil v plném světle.

Neil MacCormick

Herberta Harta opustíme jako učitele, a to krátkým pohledem na dílo jeho žáků. Za nejvýznamnější z nich lze považovat Josepha Raze (nar. 1939) a Neila MacCormicka (1941-2009). Podíváme se blíže na druhého z nich.¹⁹⁵ MacCormick čerpá z Hartova díla a rozšiřuje ho, a to zejména v oblasti právní argumentace. Jeho přístup někteří nazývají „rozšířený formalismus“ (Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 107) a jeho základem je důkladná analýza forem právní argumentace. Podle MacCormicka se od právníků očekává používání některých druhů argumentů, které sice na jedné straně přesahují prostou dedukci, na druhé straně ovšem omezují možnosti rozhodování (Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 111). MacCormickův postoj je tak velmi umírněný – důrazně obhajuje roli dedukce v právní argumentaci, většinu své první monografie však věnuje popisu a analýze nededuktivních prvků v právní argumentaci, k nimž říká:

¹⁹⁵ Tento výběr je zcela arbitrární. Kromě skutečně ohromného rozsahu a šíře Razova díla (Wacks správně uvádí, že k ohromení stačí seznam jeho monografií – Wacks 2005: 119, pozn. 115) je motivace autora předkládané práce i osobní – Neila MacCormicka měl možnost poznat osobně jako moudrého a příjemného kolegu na kongresu IVR v Krakově v létě 2007. Ať je těchto několik řádků veleskromným poděkováním za jeho srdečnost.

„Deduktivní části předcházejí nebo následují až po ní, v posledku se však vždy na ní zaměřují, a jsou srozumitelné skrze svůj vztah k ní. Jsou tím, co je opravdu zajímavé. Dávají právní argumentaci její specifický právní charakter. Ukazují, jak je souběžná s morální argumentací. Jsou nadevše důležité. Nejsou však vším. Nejde jenom o ně. Nejsou dostatečné ani soběstačné.“¹⁹⁶

Logika aplikace pravidel je tak ústřední logikou práva v moderním paradigmatu právního státu, přičemž ale samo používání pravidel také není samonosné. Je odůvodněno „základními principy racionálního praktického diskurzu,“ přičemž nad diskurzem vyjádřeným v pravidlech mohou vždy převážet principy stojící kdesi v pozadí. Deduktivní argumentace je tak vždy součástí sítě argumentace principy a hodnotami, přestože „z čistě pragmatického hlediska lze nalézt mnoho situací a případů, kdy by se z praktických důvodů nikdo neobtěžoval hledat odpověď mimo samotná pravidla.“ Argumentace pravidly má však své meze, a tato nedostatečnost je bytostnou vlastností práva – plyne totiž právě z abstraktnosti pravidel aplikovaných na konkrétní situace (MacCormick 1994: xi-xiii).

Dílo H.L.A. Harta lze chápat jako stěžejní osu právní teorie druhé poloviny 20. století, a to nejen proto, do jak významných sporů a diskusí zasáhlo,¹⁹⁷ ale do značné

¹⁹⁶ MacCormickův styl je svou úderností v originálu velice působivý: „These come before and after the deductive part, but always in the end focus on it, and are intelligible by virtue of their relation to it. They are the really interesting thing. They give legal reasoning its particularly legal character. They show its parallelism with moral reasoning. They are all-important. But they are not all. They are not the whole story. They are neither sufficient nor self-sufficient.“ (MacCormick 1994: ix).

¹⁹⁷ Ze tří velkých Hartových diskusí jsme přitom v této práci zmínili pouze dvě. Tu třetí, v mnoha ohledech nejvýznamnější, jsme pominuli zcela. Jde o jeho diskusi s konzervativním soudcem lordem Patrickem Devlinem o vztahu práva a morálky, z níž vznikla knížka *Právo, svoboda a morálka* (ve slovenském překladu Hart 2003) a která již tím, že její část vysílala i BBC (Lacey 2004: 2), svým dosahem výrazně přesáhla pole právní teorie a filosofie. Jde však současně o diskusi, která se námi sledované problematiky dotýkala pouze velice okrajově, mnohem spíše šlo o jakousi moderní podobu střetu pozitivněprávního a přirozenoprávního přístupu k právu, a ten vskutku není pro naše zkoumání tolik relevantní.

míry také proto, že se díky němu stala evropská právní teorie opět zajímavým a věhlasným oborem. Ve světle námi sledované diskuse přitom nutno zdůraznit, že jeho myšlení a dílo nebylo nijak extravagantní a převratné: naopak bylo toto dílo jaksi poklidné, střízlivé, do značné míry konzervativní – jeho převratnost tak mohla spočívat leda v tom, že tyto kvality mělo v poválečné době, která jim příliš nepřála. Současně ale platí, že jde o jakýsi popis „práva staré dobré Anglie,“ popis sice kritický a vlastně moderní, přesto ale omezený tradičním právním myšlením, jehož pojmový a disciplinární rozsah prolamuje jenom nesměle v oblasti lingvistiky či sociologie. I sám Hart si ale v závěru své americké přednášky všímá, že se rodí nové směry právního myšlení, jejichž ambicí je zcela zjevně i důsledná změna těchto ohledů.

Ze stejného důvodu ostatně v této práci pomíjíme i nejvěhlasnějšího soudobého přirozenoprávního teoretika Johna Finnise – i jeho dílo má sice pevné místo v soudobé právní teorii, nemělo a nemá však výraznější vliv na námi sledovanou problematiku.

Platí rovněž, že právě tomuto tématu – tedy střetu pozitivněprávního a přirozenoprávního myšlení, a to i v osobě H.L.A. Harta, se česká právní věda tradičně a dlouhodobě věnuje – jenom z posledního období tak lze zájemce o tuto problematiku odkázat na vynikající eklektické monografie P. Maršálka (Maršálek 2008) nebo T. Sobka (Sobek 2011).

8. Probouzení neortodoxie

Když jsme v předchozí kapitole mluvili o Hartově přednášce o americké jurisprudenci, nezmínili jsme její úplný závěr. V něm Hart poukazuje na „soudobou chicagskou školu ekonomické analýzy práva“ jakožto zářný a úspěšný příklad inspirace právní teorie utilitarismem (Hart 1977: 987). Pro Harta samotného je největším přínosem Posnerova díla poznání, „co vše, kromě teorie užitku, je potřeba pro uspokojivou, vysvětlující a kritickou teorii právních rozhodnutí“ – obecně vzato „je potřeba teorii individuálních morálních práv a jejich vztahu k jiným hodnotám, které se právo snaží dosáhnout,“ a to teorii mnohem podrobnější a komplexnější než ty dosavadní (Hart 1977: 988-9). Tento Hartův povzdech zde neuvádíme proto, abychom se i přes několikeré rozloučení mohli k němu ještě jednou vrátit, ale proto, že je vhodným odrazovým můstkem k dalšímu tématu, kterým uzavřeme druhý oddíl této části našeho zkoumání věnovaný poválečné právní teorii. Tímto tématem je zrod nových, hluboce interdisciplinárních směrů v právní teorii, které sice rozhodně nelze označit za okrajové, na rozdíl od výše popisovaných přístupů však do hlavního proudu právní vědy vstupují z pozic, které lze označit za (do té doby) nezvyklé, přičemž se přemýšlení o právu snaží z těchto pozic zásadně proměnit, a to z hlediska větší komplexnosti.

Než si tyto nové přístupy představíme, je nutno říct ještě jednu důležitou věc. Dědictví amerického právního realismu je v máločem zřetelné tolik, jako právě v mnohem větší otevřenosti americké právní akademie interdisciplinárním přístupům, než jakou jsme zvyklí vídat v Evropě. Je-li v Evropě nezvyklé, když právní vědec odhlédne od textu zákona, komentářů a soudních rozhodnutí, a hledá širší společenské souvislosti zkoumaného právního tématu, ve Spojených státech je to již po celá desetiletí normou. Nepřekvapí proto, že i autoři hlásící se otevřeně k pozitivismu či dokonce formalismu (za všechny zmiňme alespoň Briana Tamanahu), publikují v ediční řadě *Law in Context* (Tamanaha 2006) a aktivně se podílejí na

činnosti Law and Society Association.¹⁹⁸ Jak Law and Economics (v textu budeme tento přístup dále nazývat Ekonomickou analýzou práva), tak Critical Legal Studies (toto hnutí budeme rovněž označovat českým překladem Kritická právní studia) tedy sice přinesly do hlavního proudu americké právní teorie a vědy až revoluční otřesy, jako přístupy jsou ovšem spíše evolucí, pokračováním starších tradic přítomných v americké právní akademii již po celá desetiletí.

Law and Economics – Ekonomická analýza práva

Poslední věta je obzvláště přílehlavá pro Ekonomickou analýzu práva. Stopy pronikání ekonomické analýzy do právní vědy lze totiž nalézt již v 19. století (Duxbury 1995: 316an.) a vzájemné působení ekonomické a právní vědy je v americké akademii patrné po celou první polovinu 20. století.¹⁹⁹ Tento vliv se institucionálně projevoval vytvářením míst profesorů ekonomie na právnických školách,²⁰⁰ ačkoli mimo Chicago byl již ve 40. letech spíše na ústupu. Chicago však bylo „jiný příběh“ (Duxbury 1995: 340). Friedrich von Hayek zde po válce zakládá centrum na podporu soukromého podnikání (při Law School) a v roce 1950 je zde jmenován profesorem,²⁰¹ výuka ekonomické analýzy je na této právnické škole již pevně zavedena, a to spolu s pozicí profesora ekonomie (po Simonsovi pozici přebírá Aaron Director), v roce 1958 je zde založen *Journal of Law and Economics*. To vše

¹⁹⁸ Osobně angažovaný přehled činnosti a působení tohoto sdružení za prvních 25 let jeho existence podává starší článek D. Trubeka (Trubek 1990).

¹⁹⁹ Duxbury poznamenává, že jistou touhu po propojení práva a ekonomie projevovali ve 30. letech 20. století i britští právníci na London School of Economics, avšak bez většího efektu (Duxbury 1995: 320-1).

²⁰⁰ Nejdříve na Yale Law School, později, v roce 1939, na University of Chicago Law School. Role této instituce při zrodu Ekonomické analýzy práva, jak ji známe dnes, je zcela zásadní, a jistě k ní přispělo i toto rozhodnutí jmenovat profesorem Henryho Simonse. Je přitom z mnoha ohledů důležité, za jakých okolností k tomu došlo: tamní Economics Department patřil v 30. letech 20. století mezi absolutní americkou špičku, a to také co do rozmanitosti přístupů k ekonomii, které tamní akademici pěstovali. Přesto právě tato rozmanitost následně vedla k vnitřním sporům, a ty pak k tomu, že akademická kariéra Henryho Simonse se nakonec rozvinula nikoli mezi ekonomy, ale mezi právníky (Duxbury 1995: 331-6).

²⁰¹ Tamní univerzitní nakladatelství navíc vydalo Hayekovu *Cestu k nevolnictví* (český překlad je angažovanější a nepřesně mluví o otroctví – Hayek 2008), kterou předtím odmítla celá řada amerických vydavatelských domů. Skutečnost, že v Británii kniha vyšla (ještě za války!) v roce 1944, zatímco v USA až v roce 1956, nepotřebuje další komentář (srov. Duxbury 1995: 342, zejm. pozn. 214).

přítom v duchu neoklasické ekonomie, jehož nositeli byli na Law School právě Simons a Director (Duxbury 1995: 342-8), mezi chicagskými ekonomy pak Milton Friedman (Duxbury 1995: 376an.).²⁰²

Právě v tomto prostředí se tedy postupně rodí tradice Ekonomické analýzy práva, jak ji známe dodnes. Za prvního průkopníka aplikace neoklasické ekonomické analýzy mimo tradiční oblasti trhu nebo jiným netradičním způsobem lze považovat Garyho Beckera (nar. 1930, „Nobelova cena“ za ekonomii 1992), který v roce 1955 ve své doktorské disertaci o diskriminaci na trhu tvrdí, rasová diskriminace snižuje příjmy diskriminovaných i těch, co diskriminují, do roku 1965 se však již posunul ke zcela „neekonomickým“ tématům a ekonomicky analyzuje rodinné vztahy včetně rozhodnutí uzavřít manželství či mít děti. Ve svém raném díle Becker prokázal, že ekonomické pojmy mají moc vysvětlovat jevy i mimo konvenční oblast trhu. Jeho základní teze, že lidské bytosti jsou bytosti, které prostřednictvím širokého spektra sociálních interakcí maximalizují užitek, má přitom zjevné důsledky i v oblasti právní vědy – plyne z ní totiž, že je vhodné aplikovat (ekonomické) nástroje studující tento jev i v oblastech, které s ekonomikou na první pohled nesouvisí, včetně rozsáhlých oblastí trestního, občanského či ústavního práva. Právníci z Chicaga tuto výzvu vyslyšeli, a způsobili tak v americké právní vědě revoluci,²⁰³ které mnozí jejich kolegové nikdy neporozuměli (Duxbury 1995: 377-81).²⁰⁴

²⁰² Duxbury zmiňuje ještě jedno související zajímavé pozorování z poněkud pozdější doby. V roce 1972 pozdější nositel „Nobelovy ceny“ za ekonomii G. Stigler napsal: „Jen málo lidí se domnívá, že téměř každá regulace je špatná, a podivnou shodou okolností významný zlomek akademické části této skupiny pobývá v okruhu jedné míle od mé univerzity.“ (Duxbury 1995: 364, cituje Stiglerův článek z roku 1972).

²⁰³ Na konci 20. století popisuje Scheuerman tuto revoluci jako „tichou“ – to proto, že se představitelům Ekonomické analýzy práva povedlo skrýt radikální charakter jejich přístupu, dle Scheuermana diskreditující základy právního státu (Scheuerman 1999: 81).

²⁰⁴ Nejde přitom jenom o změnu přístupu. Jak poznamenává bystrý britský pozorovatel, američtí právní akademici v oblastech bez zjevné souvislosti s trhem byli z nástupu neoklasické ekonomické analýzy ve svých odvětvích upřímně zmateni – „do jejich pojmového univerza invazivně vpadlo něco, co nemělo vůbec žádnou souvislost s jejich vlastní intelektuální tradicí“ (Duxbury 1995: 380).

Ronald Coase: The Problem of Social Cost

Kolosální ouverturou této revoluce se pak stal článek britského ekonoma Ronalda Coase (nar. 1910, „Nobelova cena“ za ekonomii 1991), později působícího na University of Chicago School of Law, z roku 1960²⁰⁵ s názvem *The Problem of Social Cost* (Coase 1960). Tato stať, která patří mezi nejcitovanější právnické články vůbec,²⁰⁶ předznamenala mnohá pozdější témata a přístupy Ekonomické analýzy práva. Jejím základem je kritika tradičního pojetí externalit a jejich právního uchopení. Průlomovým východiskem Coaseova přístupu je teze, že externality nejsou jednostranným, ale recipročním problémem: „zabránit způsobení škody osobě B znamená způsobit škodu osobě A“ (Coase 1960: 2). Z další analýzy pak vyvozuje tezi, která se později proslavila jako Coaseův teorém: při absenci transakčních nákladů je nerozhodné, jak právo rozděluje odpovědnost za škodu a jiná majetková práva, neboť nakonec bude rozdělení prostředků a práv díky působení tržních principů optimální (Coase 1960: 8, Bix 2004: 32-3).

Problém je samozřejmě s onou „absencí transakčních nákladů“ – v reálném světě transakční náklady samozřejmě existují a mohou být tak vysoké, že jakékoli přeskupení práv zcela znemožní (Coase 1960: 16, Bix 2004: 33). A právě s transakčními náklady souvisí i typické reakce na jeho článek – v rámci Ekonomické analýzy práva se objevuje celá řada prací zaměřených na snižování transakčních nákladů, nejběžnější kritikou Coaseovy práce je zase zdůrazňování faktu, že je právě kvůli skutečné existenci transakčních nákladů zcela nerealistická. Asi nejvýznamnějším důsledkem tohoto článku je však jiná věc – a to vznik i teoretického povědomí o tom, že právní pravidla mohou mít při dostatečně pružném trhu mnohem menší význam, než se jim zvykne přisuzovat (Bix 2004: 33).

²⁰⁵ Vročení nicméně neodpovídá realitě – článek fyzicky vyšel až v roce 1961 (Duxbury 1995: 384, pozn. 411).

²⁰⁶ Podle nejnovějšího srovnání (Shapiro a Pearse 2012) je nejcitovanějším právnickým článkem vůbec, a to s obrovským předstihem (Shapiro a Pearse 2012: 1489). Značnou část citací tvoří sice citace v neprávnických společenskovědních (zejména ekonomických) periodikách, i po jejich odečtení by však tento článek neklesl pod čtvrté místo (Shapiro a Pearse 2012: 1504). Velmi dobrý přehled reakcí na tento článek podává Neil Duxbury (Duxbury 1995: 387-8, zvl. pozn. 424-435). K němu dodejme ještě jednu kritiku autora, s nímž se ještě setkáme – článek Duncana Kennedyho z roku 1981 (srov. Kennedy 1981: 392).

Největší zásluhy na vlivu neoklasické ekonomie chicagského stylu na americkou právní vědu však má jiná postava právní akademie i praxe – profesor a soudce Richard Posner (nar. 1939). Narodil se v New Yorku, pregraduálně studoval na Yale College, práva pak na Harvard Law School, kde byl také prezidentem *Harvard Law Review*. Po skončení studií v 60. letech vystřídal několik asistentických pozic v soudnictví i státní správě, v roce 1968 se však vrací na akademickou půdu a začíná učit na Stanfordově univerzitě. Již o rok později přichází na University of Chicago School of Law, kde působí dodnes. Od roku 1981 však již nikoli jako plnohodnotný profesor – to byl totiž jmenován soudcem Federálního odvolacího soudu USA pro sedmý okruh, kde rovněž působí dodnes, přičemž v letech 1993-2000 tomuto soudu předsedal (Posner 2010).

Richard Posner je vskutku mimořádně plodným akademikem s obrovským rozsahem témat, kterým se věnuje.²⁰⁷ Tím nejvýznamnějším je však Ekonomická analýza práva, jejímž čelním představitelem je již celá desetiletí. Ačkoli sám je v oboru ekonomie spíše samoukem, povedlo se mu v oblasti práva a ekonomie něco podobného jako Garymu Beckerovi v oblasti ekonomie samotné – tedy rozšířit právněekonomickou analýzu do předtím netušených oblastí (Duxbury 1995: 395-6). Tvrdí přitom, že

„relativně málo ekonomických doktrín – jako jsou rozhodování v nejistotě, transakční náklady, analýza nákladů a přínosů, předcházení rizikům a pozitivní a negativní externality – může opakovaným uplatňováním v různých právních oborech a právních pravidlech popsat významnou část právního systému a umožnit studentovi, aby tento

²⁰⁷ Aniž bychom zabíhali do zbytečných detailů, zmiňme jenom, že jeho oficiální životopis na stránkách University of Chicago z května 2010 [33] má včetně seznamu publikací a jeho soudních stanovisek 170 stran, přičemž mezi jeho monografie patří nejenom práce věnované tématům Ekonomické analýzy práva (např. Posner 2011) či právní teorie (např. Posner 1995), ale také právu a literatuře (Posner 2009) či plagiátorství (Posner 2007).

systém začal vnímat koherentněji – aby uchopil vzájemné vztahy jeho částí a pochopil jeho zásadní jednotu.“²⁰⁸

Posnerova právní teorie je tak v zásadě „právo z pohledu chicagského neoklasického ekonoma“ (Duxbury 1995: 397). Hned na úvod své učebnice ekonomické analýzy práva (poprvé vyšla v roce 1973, aktuální je osmé vydání – Posner 2011) uvádí svá východiska: ekonomie je věda o racionálním výběru ve světě s omezenými zdroji, a jejím úkolem je „prozkoumat implikace předpokladu, že člověk je racionální maximalizátor svých cílů v životě, svých uspokojení,“ tedy svého „vlastního zájmu,“²⁰⁹ a to ve všech oblastech života, přičemž onou racionalitou se nemyslí vědomá kalkulace, ale jednání odpovídající modelu racionálního výběru „bez ohledu na stav myslí toho, kdo vybírá“ (Posner 2011: 3-4). Tam, kde se racionální vlastní zájem může rozvíjet díky existenci svobodné směny, mají zdroje tendenci přesouvat se k takovému použití, které je nejvíce ceněno, tedy k použití označovanému jako efektivní (13).²¹⁰ Efektivností je tak myšlena jako maximalizace bohatství ve smyslu užitku, přičemž nejde o Paretovu (konsenzuální) efektivnost, ale o Kaldor-Hicksovu efektivnost – transakce je tedy efektivní již tehdy, pokud všichni, kteří jsou touto transakcí poškozeni, mohou (ale nemusí) být odškodněni těmi, jejichž bohatství zvětšila (17-20). Právě tato skutečnost – že jde o eticky neudržitelný systém, v němž z definice ti úspěšní získávají víc, než potřebují na odškodnění

²⁰⁸ V originálu: „a relative handful of economic doctrines—such as decision under uncertainty, transaction costs, cost-benefit analysis, risk aversion, and positive and negative externalities—can, by repeated application across fields of law and legal rules, describe a great deal of the legal system and enable the student to develop a more coherent sense of the system — to grasp the relation of its parts and understand its essential unity.“ (Posner 2011: xxii)

²⁰⁹ Zde uvádíme originál spíše pro jeho složitost a těžkou přeložitelnost: „As conceived in this book, economics is the science of rational choice in a world – our world – in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call his ‚self-interest.‘“ (Posner 2011: 3). Ve vymezení ekonomie se zde Posner hlásí k Beckerovi a odmítá Coaseovu kritiku tohoto vymezení jako příliš širokého (Posner 2011: 3, pozn. 1).

²¹⁰ Nutno dodat, že Posner vstupní výklad své učebnice v každém vydání mění a rozvíjí, takže úvodní kapitola aktuálního osmého vydání, které máme v Praze k dispozici, zdaleka neodpovídá počátečním východiskům Ekonomické analýzy práva, jak se jim v této kapitole věnujeme. Na významný ideový posun mezi prvním a druhým vydáním Posnerovy učebnice spočívající v překročení Benthamu upozorňují i komentátoři (Duxbury 1995: 398).

neúspěšných, přesto je neodškodňují – bývá ovšem předmětem rozsáhlé kritiky (srov. Duxbury 1995: 401-2).

Krátký pohled na chicagské počátky Ekonomické analýzy práva uzavřeme ještě jedním sporným rysem tohoto přístupu – a to otázkou, zda má být (ekonomická) analýza práva normativní a teda preskriptivní, nebo pozitivní a tedy deskriptivní. Přitom důraz na pozitivní, popisnou analýzu, který byl patrný právě zejména v počátcích tohoto přístupu (Bix 2004: 115-6), lze z hlediska jeho rozvoje a rozšiřování jeho vlivu považovat za přímo mistrovský kus. Pozitivní analýzou common law totiž Posner dokazuje, že na rozdíl od zákonů a jiných psaných pramenů práva má soudcovské common law tendenci právě k prosazování efektivnosti. I tato teze však byla podrobena kritice, a to jak z hlediska své empirické platnosti, tak z hlediska toho, co se oním „prosazováním efektivnosti“ vlastně myslí (Duxbury 1995: 410-2). Navíc i ono ostré rozlišení normativní a pozitivní analýzy není vždy tak jednoznačné – Landesové a Posnerův slavný článek o trhu s adopcemi (Landes a Posner 1978) sice opravdu budí dojem čistě pozitivní analýzy fenoménu prodeje novorozeňat, z ní však v samotném závěru přeci jenom vyvozuje (byť opatrně) normativní závěr – návrh na zavedení tržních prvků do adopčního systému spočívajících v platbách matkám, které se dětí vzdávají (Landes a Posner 1978: 347-8, Duxbury 1995: 414-5).

Právě tímto směrem pak směřují nejzásadnější výtky vůči posnerovské²¹¹ Ekonomické analýze práva: nejde tolik o nesprávnost pozitivní analýzy, ale o její nevhodnost jako východiska pro normativní úvahy v oblastech (jako je péče o děti), kde se (ekonomická) racionalita nepovažuje za ten nejvhodnější základ právní úpravy. Jak to shrnuje Duxbury, podle mnoha kritiků „jeho úsilí slouží primárně k tomu, aby učinilo akademicky respektovatelnou takovou teorii práva, která sdílí

²¹¹ Na tu jsme se zde zaměřili. Alespoň v poznámce pod čarou je však nutno dodat, že to nejenže dnes není, ale ani již v počátcích nebyla jediná větev právněekonomického myšlení s vlivem na obecnou právní teorii. Z významných alternativ lze zmínit přinejmenším Guida Calabresiho (nar. 1932), bývalého profesora a děkana Yale Law School a bývalého federálního odvolacího soudce pro druhý okruh, který bývá spolu s Posnerem a Coasem považován za jednoho ze zakladatelů moderní Ekonomické analýzy práva. Zdůrazňováním omezené využitelnosti koncepce efektivnosti a tržových sil pro analýzu práva tvoří jakýsi vnitřní protipól vůči Posnerovi v rámci stejné myšlenkové tradice (srov. Duxbury 1995: 391-4).

neoklasickou víru v racionální vlastní zájem a nabízí tak v zásadě studený, tvrdý, a tedy nemístně úzký pohled na lidskou přirozenost“ (Duxbury 1995: 397).

Critical Legal Studies – Kritická právní studia

Lze-li Ekonomickou analýzu práva v její chicagské podobě (s důrazem na maximalizaci bohatství) považovat za reformu či revizi hlavního proudu vedenou z pozic politické a ekonomické pravice, jsou Kritická právní studia ²¹² naopak reformním hnutím spíše levicovým. ²¹³ I v tomto ohledu jsou tak přímějším nástupcem amerického právního realismu, jehož představitelé taktéž inklinovali spíše k americké Demokratické straně a za vlády F. D. Roosevelta a jeho politiky „nových karet“ ²¹⁴ se podíleli na práci nové administrativy. Kritická právní studia však nelze jednoduše onálepkovat jako hnutí právnícké levice. A to již proto, že motivací jeho vzniku nebyl pouze (nebo možná původně vůbec) politický postoj či názorová vyhraněnost jeho představitelů, ale spíše hluboká nespokojenost s právní vědou, právní praxí i právníckým vzděláváním v USA 70. let 20. století. ²¹⁵ Budeme-li se na toto hnutí dívat optikou této východiskové nespokojenosti, kritiky (kterou si vetklo i do názvu), nepřekvapí nás tolik, že jeho představitelé rozvíjeli ty radikálnější

²¹² Obecně filosoficky fundovaný úvod do právní filosofie Kritických právních studií přinesl v češtině Martin Škop (Škop 2008: kap. VIII), obecně právněteoretický úvod (včetně vazby na právní sociologii) zase Jiří Příbán (Příbán 2001).

²¹³ Srov. Kelly 1992: 436. Klasické zhodnocení vztahu práva a marxismu v duchu Kritických právních studií je nicméně britského původu (Collins 1982).

²¹⁴ V českém prostředí se New Deal zvykne překládat jako Nový úděl. To sice odpovídá obvyklému významu obou použitých slov, v americkém kontextu však tento překlad není příliš přiléhavý. Větou „I pledge you, I pledge myself, to a new deal for the American people“ ve své nominační řeči Roosevelt rozhodně nesliboval, že americkému lidu zajistí „úděl“, který by mu milostivě poskytl k pasivnímu užívání, ale spíše novou dohodu (do we have a deal?), nový „obchodní model.“ Nebo ještě jinak – nové rozdělení karet.

²¹⁵ Mimořádně čtivě přibližuje tuto stránku Kritických právních studií učebnice J. G. Riddalla (Riddall 1999: 254an.). Ačkoli kořeny Kritických právních studií i podstatná část jejich působení jako akademického hnutí jsou spojeny s USA, mezinárodní přesah nebyl a není pominutelný. Evropská Critical Legal Conference se koná každoročně již téměř 30 let (v obvykle v Británii, např. v roce 2012 ale ve Stockholmu), mnoho předních kritických právních myslitelů pochází z anglofonních (P. Fitzpatrick) i neanglofonních (C. Douzinas) evropských zemí – byť na evropském kontinentu jde spíše o izolované „ostrůvky deviace“, které se teprve v poslední době probouzejí k většímu životu. Přeshraniční přesah je však patrný zejména v samotných dílech „kritiků“ – lze bez nadsázky říct, že až toto (původně) americké právní hnutí a jeho následovníci v jiných anglofonních zemích přivedli právní myšlení k evropské (kontinentální) filosofii 20. století.

aspekty programu amerických právních realistů (Bix 2006: 218), ani zdánlivě nesmlouvavá extrémnost mnoha jejich tezí. A nepřekvapí nás ani to, že se s americkými právními realisty shodují ještě v něčem: problémy uměli lépe odhalovat než řešit (Duxbury 1995: 422), a jejich úsilí bylo zaměřeno na zborcení jistého konsenzu (Duxbury 1995: 424) – totiž právě toho stavu, s nímž byli tak hluboce nespokojeni.

Nemáme zde prostor pro to, abychom se těmito okolnostem důkladněji věnovali. Je však důležité zmínit, že kromě faktického stavu právního systému, právního vzdělávání či právní praxe byly mezi důvody nespokojenosti i obecnější témata.²¹⁶ Ty již v roce 1974 nastiňují ve své úvaze David Trubek a Marc Galanter, přičemž je řadí do „paradigmatu liberálního ²¹⁷ legalismu.“ Podle tohoto paradigmatu je společnost tvořena jednotlivci, přičemž blaho jednotlivce je základním cílem fungování společnosti; stát jednotlivce ovládá prostřednictvím práva; pravidla jsou záměrně tvořena tak, aby dosahovala společenské cíle či principy; pravidla se v případě všech občanů prosazují stejně; pravidla se interpretují, aplikují a mění v souladu s dělbou moci; a jednání sociálních aktérů má tendenci odpovídat pravidlům (Trubek a Galanter 1974: 1071-2, obecněji také Duxbury 1995: 439-40). Kritika všech těchto tezí patří k základním pojícím prvkům Kritických právních studií.

Když se v květnu 1977 uskutečnila ve Wisconsinu první konference o kritických právních studiích, byl to významný krok k tomu, aby se z „kvasu,“ který již nějakou dobu byl na měnící se americké akademické půdě patrný,²¹⁸ stalo plnohodnotné intelektuální hnutí. Jeho největší baštou se stala Harvardova univerzita, působiště

²¹⁶ Velmi instruktivně nastiňuje kritický přístup britská kritická učebnice základů práva. Hned na úvod uvádí fiktivní příběh o zástupci nové malé země, který se na půdě OSN důkladně vyjadřuje ke všem projednávaným tématům. Když jej pak vyčerpaný zástupce jedné významné země vezme do své kanceláře, kde mu na velké nástěnné mapě ukazuje, jak malinká je jeho země ve srovnání s USA, Ghanou, nebo i Novým Zélandem, reaguje jedinou otázkou – „Kdo tu mapu nakreslil?“ Kritická právní studia si tuto zdánlivě naivní otázku kladou ve vztahu k právu (Mansell, Meteyard a Thomson 2004: 1).

²¹⁷ I zde je vidět jistý politický posun od amerického právního realismu. Zatímco realisté považovali za liberály sebe (své oponenty za konzervativce), kritikové označují jako liberály své oponenty.

²¹⁸ Duncan Kennedy již v roce 1970 jako student Yale Law School píše velmi důraznou kritiku systému právního vzdělávání (Kennedy 1970), kterou o dvanáct let později jako profesor na Harvard Law School ještě prohloubí (Kennedy 2004).

vůdčích osobností tohoto hnutí, kteří zde již v době wisconsinské konference měli profesorskou pozici s definitivou. Jsou přitom dobrou ilustrací různorodosti kritického hnutí již v jeho počátcích, jak bude patrné již z krátkého nastínění jejich života a díla.

Morton Horwitz

Mortona Horwitze (nar. 1938) lze považovat za nejkonvenčnějšího z této harvardské trojice. Před studiem práva na Harvard Law School získal PhD na Harvard School of Government, od roku 1970 však již učí na Harvard Law School, od roku 1974 jako profesor s definitivou. Jeho nejvýznamnější dílo, monografie o transformaci amerického práva v období od války za nezávislost po občanskou válku (Horwitz 1977), je co do metodologie tradiční historické dílo (Hackney 2009: 2), které však přineslo přímo revoluční²¹⁹ změnu pohledu na americké právní dějiny²²⁰ – ukazuje zde, jak byl vývoj svébytného amerického práva tvarován zájmy ekonomických elit, a to ne tolik ve veřejnoprávní či ústavněprávní oblasti, kde se s ingerencí různých zájmů spíše počítá, ale především v oblasti soukromého práva. Poslední kapitolou této monografie²²¹ se pak přímo zařazuje do námi sledované diskuse o formalismu v právu. *Vzestup právního formalismu*, jak tuto kapitolu nazývá, je dle něj důsledkem dokončení transformace práva usilujícího o materiální spravedlnost z 18. století na právo svobodné ekonomické směny století devatenáctého. Zatímco pro prosazování změny porevolučního amerického

²¹⁹ Tento výraz je na místě nejenom kvůli vlastnímu významu a dosahu této monografie, ale také jako odkaz na jeden z inspiračních zdrojů Horwitzovy práce – svým odmítáním konsenzuální a tedy lineární teorie historického vývoje amerického práva Horwitz mimo jiné navazuje na slavnou studii T. S. Kuhna *Struktura vědeckých revolucí* (Kuhn 1997), která vyšla za jeho postgraduálních studií (Hackney 2009 6, 14). Dodejme, že ve stejné době vychází také další, podobně revoluční díla na pomezí historie a společenských věd – v souvislosti s Horwitzovou *Transformací* se zmiňují například Foucaultova *Archeologie věděni* či Geertzova *Interpretace kultur*, obě díla vyšla i v českém překladu. K dispozici je v češtině i velmi srozumitelný elementární úvod do této problematiky (Petříček 1997: 125-130, 168-172).

²²⁰ Posun v přístupu nejlépe vynikne ve srovnání s klasikou americké právní historiografie, *Dějiny amerického práva* z pera L. Friedmana (Friedman 2005, první vydání vyšlo v roce 1972). Ani Friedman přitom není „tradiční“ právní historik, a právo studuje důsledně jako sociální jev (Friedman 2005: ix).

²²¹ Tato kapitola ovšem původně vyšla časopisecky.

právního systému byla zapotřebí flexibilní a účelná koncepce práva, po dosažení cílů této transformace tato potřeba ustala, a pro skupiny, které z ní těžily, bylo vhodnější, aby se nové právní doktríny skryly do zdánlivě neutrálních, spíše mechanicky uplatňovaných pravidel (Horwitz 1977: 253-4).

Celou knihu pak uzavírá tímto popisem: „nejzásadnější sociální podmínkou potřebnou pro to, aby právní formalismus ve společnosti rozkvétal, je to, aby mocné skupiny v dané společnosti měly velký zájem na skrytí a potlačení nutně politických a přerozdělovacích funkcí práva“ (Horwitz 1977: 266). Jistě nepřekvapí, že odvážné teze této knihy vyvolaly množství bouřlivých – souhlasných i nesouhlasných²²² – reakcí, které zejména vedly k tomu, že když v roce 1992 vychází pokračování, které se týká období let 1870-1960 (Horwitz 1992), nejde již o dílo okrajové právní disciplíny, ale o produkt živoucího právního odvětví (Hackney 2009: 10).²²³

Duncan Kennedy

Pojem „klasické právní myšlení“, kterým v pozdější knize Horwitz nahradil „právní formalismus“, si vypůjčil z díla druhého ze zmiňované harvardské trojice, Duncana Kennedyho (nar. 1942). Ten studoval na Harvardově univerzitě pouze pregraduálně (ekonomii), právo pak vystudoval na Yale Law School – v době, kdy tam ještě působil David Trubek.²²⁴ Po krátkém působení jako asistent soudce Nejvyššího soudu USA přichází v roce 1971 na Harvard Law School, kde získává v roce 1976 definitivu a kde působí dodnes.

Do akademického prostředí vstoupil již za svého studia ráznou polemikou věnovanou právnímu vzdělávání, jak jej (jakožto student-premiant) zažil na Yale

²²² Duxbury uvádí, že obvyklou výtkou bylo nařčení z manipulace s historickými údaji a jejich selektivního výběru (Duxbury 1995: 452). Je symptomatické, že stejné výtky bývají vznášeny proti historickým dílům M. Foucaulta či proti antropologii v Geertzově podání.

²²³ Pro naše zkoumání je ovšem rovněž významné, že se z knihy takřka vytratil pojem „právní formalismus“, který v první Transformaci Horwitz uváděl přímo v názvu závěrečné kapitoly. „Právní formalismus“, jehož „vzestup“ se v ní věnoval (a který by tedy měl tvořit jádro popisu dalšího období, který je obsahem novější monografie), nazývá v druhé Transformaci „klasické právní myšlení“, přičemž pojem „(právní) formalismus“ nenalezneme ani v obsáhlém rejstříku.

²²⁴ Posléze mu zde odmítli dát definitivu, a tak odešel do Wisconsinu (Hackney 2009: 9-10).

Law School (Kennedy 1970). Skutečný věhlas mu však přinesla až řada „poměrně brilantních studií“ (Duxbury 1995: 457) ze 70. let.²²⁵

Ve studii věnované právní formalitě (Kennedy 1973) důkladně analyzuje formální charakter práva a tvrdí, že v liberálním právním systému pravidla nepředstavují pokus o nalezení správného či spravedlivého řešení konfliktu, ale jsou pouze dílky rozsáhlejší mozaiky kompromisu akceptované na základě celkové přínosnosti (369). Základem tohoto kompromisu je právě formalita – tedy pokus o dosažení materiálně racionálních výsledků materiálně racionální formulací pravidel a jejich následnou mechanickou aplikací, nikoli přímým materiálně racionálním rozhodováním (358). Povinnost podřídit se pravidlům proto nijak nesouvisí s jejich obsahem – plyne z legitimacy celkového kompromisu, nikoli z obsahu jednotlivých pravidel. Soudce tak nemá důvod odmítnout prosazování pravidla, které považuje za nespravedlivé, protože neexistuje žádný požadavek na to, aby jednotlivá pravidla spravedlivá byla. Proces aplikace práva tedy nijak nesouvisí se spravedlností (369-70).

Tento přístup podrobuje Kennedy rozsáhlé kritice a jako alternativu nabízí „třetí cestu.“ Ta je založena na odmítnutí formality práva ve výše nastíněné podobě a tvrzení, že existuje metoda soudního rozhodování, která se liší jak od (mechanické) aplikace pravidel, tak od materiální racionality. Tato metoda je přitom právnímu systému vlastní právě proto, že systém pravidel zahrnuje seznatelné účely. Spočívá v řešení soudních otázek s odkazem na účely implicitní v předem existující struktuře – zohledňováním oněch účelů se liší od mechanické aplikace pravidel, svázaností

²²⁵ V textu zmíníme pouze dvě studie časopiseckého rozsahu, které se přímo dotýkají námi sledované diskuse. Mezi Kennedyho díla z tohoto období však patří také (nedokončená) monografie o historii amerického právního myšlení, z níž si Horwitz vypůjčil označení nahrazující „právní formalismus“ (Kennedy 2006). Když v roce 1975 probíhalo Kennedyho řízení o definitivě na Harvard Law School, připojil Kennedy do své složky i tuto rozepsanou knížku. Nikdy ji nedopsal (v duchu tradice zavedené Heideggerem), oficiálně vyšla tiskem až po 30 letech, přesto se šířila jako soukromý tisk a stala se jednou z nejvlivnějších oficiálně nevydaných publikací v právní vědě 20. století. Nepochybně k tomu přispěl i odkaz na dokončené kapitoly této práce uvedený v jeho článku z roku 1976, jemuž se budeme věnovat níže – čtvrtá část toho článku je ostatně jeho vlastními slovy „zhuštěnou verzí“ této rozsáhlejší práce (Kennedy 1976: 1725, pozn. 90).

²²⁵ Podobný osud ostatně potkal i další Kennedyho knížku – polemiku se systémem právního vzdělávání v USA, kterou v roce 1982 již jako profesor navázal na svou studentskou kritiku. Ta ale vyšla ze šedé zóny již po zhruba dvaceti letech (Kennedy 2004).

objektivně zjistitelnými účely a profesionální tradicí se zase liší od materiální racionality (395-6).

Toto téma dále rozvádí v článku předneseném na již zmiňované první konferenci Kritických právních studií (Kennedy 1976).²²⁶ Zde tvrdí, že v americkém soukromém právu lze nalézt dva protichůdné rétorické mody, které nazývá individualismem a altruismem,²²⁷ a souběžně s tím i dva protichůdné mody řešení formálních otázek, z nichž jeden preferuje přesná a obecná pravidla, druhý pak vágnější spravedlivé standardy přinášející rozhodnutí pouze v jednotlivých případech a bez precedenční hodnoty (1685). Kennedyho tezí je, že individualismus a používání pravidel na jedné straně, a altruismus a používání standardů na straně druhé, jsou inherentně spojeny, což ilustruje na historii i současnosti amerického soukromého práva. Více než tato specificky americká rovina jeho pojednání je však z našeho hlediska zajímavá její obecnější část.

V ní se především důkladněji věnuje formalitě pravidel a standardů, jeho slovy „dimenzím formy“²²⁸ (1687). Tu první si vypůjčuje od von Jheringa a nazývá ji (dosti matoucím výrazem) „formální uskutečnitelnost,“ čímž míní to, do jaké míry je právní direktiva pravidlem, přičemž opakem formálně uskutečnitelného pravidla je „standard nebo princip nebo politika“ (1688) odkazující na materiální cíle právního řádu. Již od von Jheringa je přitom známo, že „dvě ohromné společenské ctnosti formálně uskutečnitelných pravidel (...) jsou omezení úřednické libovůle a jistota,“

²²⁶ Datace není chybná – článek vyšel v *Harvard Law Review* již rok před vlastní konferencí (Duxbury 1995: 458). V již zmiňovaném řebříčku nejcitovanějších právnických článků obsadil 14. místo, a je tedy třetím nejcitovanějším článkem, se kterým se v našem přehledu setkáváme (po Coaseově průlomovém článku a Holmesově klasice *The Path of the Law*) (Shapiro a Pearse 2012: 1489).

²²⁷ Používání pojmu „altruismus“ není v právní vědě běžné ani dnes, tím méně tomu bylo v době před vydáním Kennedyho článku. Svízelnost pojetí altruismu obecně dobře ilustruje klasická studie T. Nagela (Nagel 1970), na níž Kennedy přímo odkazuje (Kennedy 1976: 1717, pozn. 79). V českém prostředí se o promyšlení souvislosti altruismu a práva pokusil ve své (dosud knižně nepublikované) disertaci P. Čechák (Čechák 2010: 75a a jinde), ze současné světové právní vědy zmiňme alespoň jihoafrický pokus o právní teorii po apartheidu (van der Walt 2005).

²²⁸ V obsáhlé bibliografické poznámce pod čarou (Kennedy 1976: 1687, pozn. 4) uvádí díla „jurisprudence formy,“ s nimiž je „obeznámen.“ Tento seznam zahrnuje díla Benthama, Austina, von Jheringa, Webera, Pounda, Fullera, či Dworkina, dále řadu specificky amerických zdrojů, ale také Kennedyho vlastní starší článek o právní formalitě, jemuž jsme se již věnovali, a Ungerovu stať *Law in Modern Society*, které se budeme věnovat níže. Kennedy nezmiňuje Kelsena, Harta ani žádného jiného evropského právního myslitele 20. století.

(1688) ačkoli i tyto ctnosti mají svou cenu, zejména v oblasti nepřesnosti při dosahování cílů právní regulace. Druhou dimenzí popisující právní direktivy je dimenze obecnosti a konkrétnosti, která je na té první nezávislá (1689). Asi nejzajímavější dimenzí formy je ta třetí: zde Kennedy klade na jeden pól právní instituty, jejichž cílem je bránit lidem v konkrétních činnostech, a na druhém pólu instituty, které mají naopak lidské jednání usnadňovat – ty nazývá formalitami (1691). Účelem formalit přitom není ovlivňovat vlastní rozhodování, jenom (pod sankcí nulity) donutit právní subjekty, aby se rozhodovaly vědomě. Naopak instituty na opačném pólu této dimenze mají ovlivňovat i samotné rozhodování. Mezi těmito dvěma extrémy však existuje i široké spektrum přechodných kategorií (1692-94).

Základním argumentem na podporu pravidel pak podle Kennedyho je, že jelikož „obecná pravidla vedou lidi k tomu, aby kladli důraz na formální vyspělost“ (1698), důsledkem by mělo být zpřesňování jejich aplikace a její přiblížení původním záměrům. „Jinými slovy,“ říká Kennedy, „uplatňování pravidel by jenom velmi zřídka mělo vést k anulování záměru stran“ (1698). Naopak standardy jsou „dynamicky nestabilní“ a „podněcují odpovědi, jež jejich nedostatky prohlubují“ (1698). Tento pohled však Kennedy kritizuje. Vychází podle něj ze dvou ne zcela pravdivých souborů předpokladů. První se týká toho, jaký vliv má požadavek na formální vyspělost na chování reálných subjektů reálného právního systému: argumentace v prospěch pravidel nutně předpokládá, že jednotlivé subjekty na hrozbu sankce nulity zareagují tím, že se naučí se systémem zacházet – ve skutečnosti to nemusí chtít nebo moci (1699). Druhý soubor předpokladů se pak týká samotné „praktické možnosti udržování vysoce formálního režimu.“ S odvoláním na díla amerických právních realistů, zvláště Llewellyna, však Kennedy konstatuje, že i právní texty, které se zdají být obecné a formálně uskutečnitelné, jsou ve skutečnosti neurčité, přičemž někdy „to, co vypadá jako pravidlo, je ve skutečnosti standard“ (1700-1).

Prosté zasazení do kontextu přitom k řešení problému dle Kennedyho nevede. Proto se dívá hlouběji a snaží se „spojit hodnoty vlastní formě s hodnotami, které se prostřednictvím formy snažíme dosáhnout“ (1710). Namísto kontextualizace tak

používá dialektickou a strukturalistickou metodu²²⁹ – prvním krokem je ustavení dichotomie individualismu a altruismu a problematiky formy jako jeho součásti, druhým pak historické a analytické sledování konfliktu mezi nimi (1712). Nemáme zde prostor pro to, abychom tuto analýzu sledovali podrobně, zmiňme proto jenom základní teze. Základem individualismu je ostré rozlišování mezi vlastními zájmy a zájmy jiných lidí, přičemž základní formou jednání spojenou s individualismem je spoleh na sebe sama, který ovšem má i silný pozitivní morální obsah, a to nutnost respektovat práva jiných. Individualistická etika je tak stejně náročná jako její protipól, etika altruismu (1713-5).²³⁰ Proti tomu staví Kennedy pojetí (s kořeny v kultuře, náboženství, etice a umění), jež nazývá altruismem, a kterého základem je, že by člověk neměl ostře preferovat vlastní zájmy před zájmy jiných. Vybízí nás k oběti, sdílení a milosti (1717). Kennedy se domnívá, že skutečně existuje altruistický a individualistický způsob argumentace (1723), a sleduje jejich vztah ve vývoji amerického soukromého práva. V jeho moderní, tedy s napsáním článku soudobé podobě identifikuje tři hlavní okruhy problémů: „nakolik by člověk měl být povinen sdílet či přinášet oběti v zájmu jiných, neexistuje-li na tom shoda či jiný projev záměru“ (1733); zacházení s vyjednávací silou (1735-6); a problematika paternalismu v případě omylu (1736).

Při pohledu na vzájemný vztah formálních a materiálních morálních argumentů Kennedy nachází analogii mezi argumenty vznášenými právníky na obhajobu striktního výkladu pravidla a argumenty vznášenými v případě, že soudce žádají o ustavení obsahově individualistického pravidla. Podobnou analogii vidí mezi argumenty v prospěch uvolnění přísnosti režimu pravidel a argumenty na podporu obsahově altruistické tvorby práva (1738). Toto rétorické souznění individualismu a pravidel na jedné straně a altruismu a vágnějších standardů na

²²⁹ V další obsáhlé poznámce pod čarou (Kennedy 1976: 1712, pozn. 73) se tuto metodu snaží přiblížit odkazem na jiné myslitele – rozsah je opět od Hegela přes Marxe a von Jheringa, přes G. Lukáče, K. Mannheima a H. Marcuse po jeho současníky C. Lévi-Strausse a R. M. Ungera (zde je Evropanů většina). Z hlediska našeho zkoumání je přitom významné již samotné explicitní uvedení (jakkoli elementárního) popisu uplatňované metody – v právním myšlení rozhodně nejde o běžnou věc.

²³⁰ Jenom na okraj dodejme, že při zdůvodňování individualismu se Kennedy odvolává na tehdy aktuální dílo R. Nozicka *Anarchy, State and Utopia* z roku 1974, které se v mezidobí zařadilo mezi klasická díla politického liberalismu. I Kennedy sám individualismus s liberalismem spojuje (Kennedy 1976: 1767).

straně druhé pak sleduje na velkém prostoru a s podrobností, kterou mu my zde věnovat nemůžeme. Jenom na závěr proto dodejme, že tato kontradikce je vnější i vnitřní současně, jelikož jenom málo lidí nezastává současně individualistický i altruistický postoj (1776).

V návaznosti na tento článek se pak hledání podobných skrytých kontradikcí stalo jedním ze stěžejních témat Kritických právních studií (Harris 1997: 109). Tomuto napětí se ostatně věnuje i Kennedy v poslední z oněch „poměrně brilantních studií,“ rozsáhlém článku o Blackstoneových *Komentářích* (Kennedy 1979). Zde jej rozvíjí jako napětí mezi individuem a komunitou – společnost je pro jednotlivce „současně zdrojem osvobození i represe“ (Duxbury 1995: 461), přičemž liberální myšlení tento vnitřní rozpor popírá (Kennedy 1979: 217). Úkolem kritického studia práva pak není tento rozpor překonat, ale vynést jej na světlo jako historický artefakt (221). Po rozsáhlé kritice příznivců i odpůrců Kritických právních studií však sám Kennedy již po několika letech tuto tezi opouští (Duxbury 1995: 461-2).

Roberto Mangabeira Unger

Jiný přístup k zásadním vnitřním rozporům liberálního právního myšlení lze nalézt v díle posledního a nejmladšího z původních třech harvardských „kritiků,“ Roberta M. Ungera (nar. 1947). V dětství žil v USA, po smrti otce se ale s matkou vrátil do Brazílie, z níž rodiče pocházeli. V Riu také získal základní (bakalářské) právnické vzdělání. Poté se ale vrací do USA, titul LLM (a posléze i SJD) již získal na Harvard Law School, kde již od roku 1971 učí a kde se v roce 1976 (ve věku 29 let) stává jedním z nejmladších profesorů s definitivou v historii. Koncem 70. let se však vrací do Brazílie, aby v roli aktivisty pomáhal demokratické levici v její snaze svrhnout vládnoucí vojenskou diktaturu (Duxbury 1995: 455). V kontaktu s brazilskou politikou²³¹ zůstává i nadále, v letech 2007-9 byl dokonce brazilským ministrem pro strategické záležitosti.

²³¹ Ale nejen brazilskou. Jedním z jeho studentů byl i současný prezident USA Barack Obama. Jeho podporu před volbami v roce 2008 nicméně Unger do roku 2012 proměnil na výraznou kritiku – na svém youtube kanálu dokonce přímo říká, že prezident Obama musí být poražen, aby se umožnila obroda Demokratické strany jako nositele pokroku [44] (vlastní výzva k porážce začíná v čase 6:15).

Jeho život i dílo tak oscilují mezi hlubokou (a místy těžko srozumitelnou) teorií a osobní angažovaností. Ještě před získáním definitivy a následným prvním krátkodobým návratem do Brazílie vydal Unger dvě teoretické knihy – *Knowledge and Politics* v roce 1975 a *Law in Modern Society* v roce 1976. Tyto knihy sdělují jeden důležitý odkaz: liberální vědomí je v jistém smyslu falešné vědomí a v hloubi liberálního myšlení (včetně toho o právu) je zabudováno tak zásadní a nerozřešitelné napětí, že se jednou musí zhroutit a uvolnit místo pro radikální sociální transformaci. Tyto knížky mladého (připomeňme, že mu ještě nebylo ani třicet) Ungera tak poskytly rodícímu se hnutí vizi a perspektivu (Duxbury 1995: 455-6).

Již v té první, *Knowledge and Politics*, vstoupil otevřeně do námi sledované diskuse. „Formalismem“ zde nazývá „nejjednodušší a nejznámější popis právní spravedlnosti,“ který ve své nejstriktnější verzi tvrdí, že správná rozhodnutí lze ze zákonů vyvozovat „automatickým procesem,“ přičemž ale vychází ze vzájemně si odporujících premis – objektivnosti jazyka a subjektivnosti hodnot (Unger 1975: 92-4). V druhé, na právo více zaměřené knize *Law in Modern Society* vymezuje formalismus trochu jinak – „právní argumentace je formalistická, pokud se pouhé uvedení pravidel a vyvození závěrů z nich považuje za dostatečné pro jakoukoli autoritativní právní volbu“ (Unger 1976: 194).

Jeho nejvýraznějším příspěvkem k právní filosofii a teorii obecně a do námi sledované diskuse zvlášť je nicméně jeho přednáška o hnutí Kritických právních studií, kterou přednesl na šesté konferenci Kritických právních studií v roce 1982 a která o rok později vyšla v rozšířené verzi knižně i časopisecky (Unger 1983).²³² Zde, aby Kritická právní studia zasadil do kontextu levicového právního myšlení, opisuje také formalismus jako předmět kritiky. Formalismem přitom již nemyslí „víru v dostupnost deduktivní či kvazideduktivní metody, jež by byla s to přinášet s určitostí řešení konkrétních problémů právní volby,“ tedy formalismus v „běžném“ slova smyslu, ale

²³² Ačkoli na svých osobních stránkách zveřejnil Unger knižní verzi ve formátu PDF téměř celou, některé části (závěr, bibliografická poznámka) chybí [45]. Budeme proto používat verzi z *Harvard Law Review*, která je v databázi *HeinOnline* k dispozici celá.

²³³ Jak Unger na svých stránkách uvádí, byl to návrh směru, kterým by se rodící se hnutí mělo vydat, ne popis jeho dosavadních kroků. Tento návrh nicméně nepadl na úrodnou půdu [45].

„oddanost metodě právního odůvodňování, a tedy i víru v možnost takové metody, kterou lze zřetelně odlišit od sporů s otevřeným koncem o základech společenského života, sporů, které lidé nazývají ideologickými, filosofickými či vizionářskými. Přestože tyto spory nejsou zcela bez kritérií, zdaleka nedosahují racionality, kterou formalista požaduje po právní analýze. Formalismus, který mám na mysli, charakteristickým způsobem odkazuje na neosobní účely, politiky a zásady jako nezbytnou složku právní argumentace. Formalismus v konvenčním smyslu – hledání metody dedukce ze systému pravidel, jež je prostý mezer – je pouhou anomálií této teorie práva, jejím omezujícím případem.“²³³

Unger přidává i druhou formalistickou tezi: právní doktrína může existovat pouze právě jako takto omezená, relativně apolitická analytická metoda. Obě tyto teze pak spojuje jedním tvrzením: formalismus je přesvědčením o zásadním oddělení tvorby a aplikace (a vědeckého studia) práva (Unger 1983: 564-5).

Kritiku formalismu Unger spojuje s kritikou objektivismu, který vymezuje jako přesvědčení o tom, že autoritativní právní materiály (s Grayem bychom řekli „prameny práva“) obsahují obhajitelný, srozumitelný mravní řád, nebo také že jsou výsledky omezení společenského života, které mají (spolu s lidskými touhami) normativní sílu.²³⁴ Pro moderní právní myšlení je přitom charakteristický ústup z

²³³ Odcitujme raději i originál: „...commitment to, and therefore also a belief in the possibility of, a method of legal justification that can be clearly contrasted to open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people call ideological, philosophical, or visionary. Though such conflicts may not be entirely bereft of criteria, they fall far short of the rationality that the formalist claims for legal analysis. The formalism I have in mind characteristically invokes impersonal purposes, policies, and principles as an indispensable component of legal reasoning. Formalism in the conventional sense – the search for a method of deduction from a gapless system of rules – is merely the anomalous, limiting case of this jurisprudence.“ (Unger 1983: 564).

²³⁴ Opět raději odcitujme přímo i Ungerova slova, jejichž překlad není úplně snadný: „By objectivism I mean the belief that the authoritative legal materials – the system of statutes, cases, and accepted legal ideas – embody and sustain a defensible scheme of human association. They display, though always imperfectly, an intelligible moral order. Alternatively they show the results of practical constraints upon social life – constraints such as those of economic efficiency – that, taken together with constant human desires, have a normative force. The laws are not merely the

objektivistických pozic při současné snaze o zachování těch, které Unger nazývá formalistickými (565). Za objektivistickými tezemi vidí Unger přežitek doktrinálního projektu devatenáctého století, spočívajícího ve snaze o odhalení inherentních právních struktur vlastních jednotlivým formám společenského uspořádání, jako je demokracie či trh, který se opírá o oddělení (svobodného) zakládajícího politického aktu a následné „běžné“ politiky, která je předchozím zakládajícím politickým aktem omezena a podmíněna (567-8). Přitom již samotný pokus o rozpracování těchto tezí odhaluje jejich neudržitelnost (570).

Kritika formalismu na to přímo navazuje. Vychází z teze, že každé odvětví právní vědy se musí alespoň mlčky opírat o představu společenských forem, které jsou v příslušné oblasti správné a realistické (v případě ústavního práva jde například o myšlenku demokratické republiky) – jinak se právní argumentace propadne do „hry snadných analogií,“ kde „jelikož lze obhájit vše, nelze obhájit nic“²³⁵ (570). Je nutné mít možnost odmítnout některé z nabízených alternativ jako nesprávné, a právě k tomu je potřeba mít výchozí preskriptivní teorii příslušné oblasti sociální praxe. Zde je však onen kritizovaný problém: obecně platná teorie kteréhokoli právního odvětví vycházející z tohoto odvětví samotného je v příkrém rozporu se zkušeností nekoherentní legislativní praxe (571). Podle Ungera vede snaha o překonání či obejití tohoto problému, a tedy obhájení přísného rozlišování právní argumentace a ideologie či filosofie, pouze k tomu, že se právní věda stává „sbírkou náhražkových apologií“ (573). Osudy formalismu a objektivismu jsou dle Ungera spojeny – dokud byl objektivistický projekt právníků devatenáctého století důvěryhodný, mohl se o něj opírat i formalismus. Poté, co se jeho důvěryhodnost zhroutila, byla formalistická právní věda, která z něj vycházela, odsouzena k podkopání vlastních základů (573-4). Unger proto vyzývá k vybudování nové teorie nesvázané známými formami, a v dalších částech své rozsáhlé statě tento záměr dále rozvíjí.

outcome of contingent power struggles or of practical pressures lacking in rightful authority.“ (Unger 1983: 565).

²³⁵ Oxfordský profesor Harris tuto tezi podává tak, jakoby šlo o Ungerovo tvrzení, nikoli o tezi ilustrující východiska postoje, který Unger kritizuje (Harris 1989: 44). Zkreslující čtení kritických právních myslitelů se tak rozhodně neomezuje pouze na americkou právní akademii.

Na tomto místě Unger opustíme a na závěr této kapitoly se podíváme na to, jaké reakce teze Kritických právních studií vyvolaly.²³⁶ Příkladem nám bude reakce evropská, z pera oxfordského profesora J. W. Harrise,²³⁷ věnovaná právě Ungerově kritice formalismu (Harris 1989). Harris odkazuje na již zmiňovanou Hartovu přednášku, v níž označil přístup amerických právních realistů za „noční můru,“ a dodává, že proti soudobým Kritickým právním studiím byli realisté pouhým „hráškem pod matrací“ (42). Realisté tak sice odmítali formalismus v právní argumentaci jakožto „myšlenku, že řešení právních problémů lze racionálně podpořit odkazem na skutečný význam právních pojmů,“ nesměřovali však k „politickému útoku“ na právní instituce (43). Kritické hnutí naopak dle Harrise tvrdí, že „právní preskripce neizolují jednotlivé občany před politickými rozhodnutími činitelů aplikujících právo, jak tvrdí formalisté,“ a jelikož tito činitelé působí v rámci „institucí, které jsou ideologicky a funkčně vytvořeny tak, aby udržovali sociální struktury hierarchie a subordinace,“ není na místě nic menšího než „vykořenění současných právních institucí“ (44). Právě tato „destrukce“ je ostatně dle Harrise jedním z rysů, který jinak velice různorodou produkci tohoto hnutí spojuje.

Unger však dle Harrise přichází nejen s „destruktivním,“ ale i s „konstruktivním“ programem, který z kritiky formalismu vychází. Harris jej ve svém

²³⁶ Zaměříme se přitom pouze na typickou reakci v rámci akademické diskuse. Smutnou kapitolou historie tohoto hnutí je období neakademických, ostře negativních reakcí během 80. let 20. století, které měly mimo jiné podobu odmítání udělování definitivy osobám spojeným s tímto hnutím. Brian Bix (Bix 2006: 218, zejm. pozn. 4) poznamenává, že zřejmě ještě více devastující vliv než samotné odmítání udělení profesorské definitivy mělo implicitní odstrašování akademiků od vazeb na Kritická právní studia – nešlo nutně ani tak o definitivu, jako spíše již o samotné přijetí do („asistentského“) pracovního poměru, které by inklinací k tomuto hnutí mohlo být ohroženo bez ohledu na akademickou kvalitu uchazeče. Obvyklým vnějším zdůvodněním odmítání „kritiků“ bylo tvrzení, že právní nihilisté nemají místo v právnickém vzdělávání (ve čtivé verzi srov. Carrington 1984; pro obhajobu před tímto nařčením viz Singer 1984). Do atmosféry odmítání osob spojovaných s Kritickými právními studiemi pak rovněž zapadají až stěží uvěřitelně nepřátelské články ve významných amerických médiích (jako Wall Street Journal, New Yorker apod., srov. Frug 1987: 676an., zejména např. citaci úvodníku WSJ na str. 681).

²³⁷ Kromě článku, kterému se zde věnujeme, je rovněž autorem standardní britské učebnice právní filosofie (Harris 1997), na kterou v našem přehledu diskuse o formalismu taktéž místy odkazujeme.

článek krátce (a nepříliš vstřícně) představuje, a posléze nabízí vlastní výtvar – učence jménem Hrdina (*Hero*), který Ungerovu deviacionistickou doktrínu aplikuje na soudobé anglické právo (46). Toho pak klade do protikladu s Dworkinovým Herkulem, a posléze i s dalším vlastním vynálezem, soudcem (či akademickým právníkem) Humdrumem. Ten se od Hrdiny liší tím, že nesdílí jeho zoufalství nad soudobou politikou ani nadšení ze „zmocněné demokracie“ (což je jeden z Ungerových programových pojmů), na rozdíl od Herkula je ale skeptický k tomu, že by společenství ke všem přistupovalo „v nejlepším světle“ a tedy k romantizujícímu odhlížení od diskriminace a znevýhodňování (55). Harrisův Humdrum je tak ztělesněním umírněnosti a právníckého „selského rozumu.“

Do podrobnějšího popisu Harrisova loutkového výkladu se nebudeme pouštět, přesto je na místě uvést zde jednu jeho charakteristiku: díváme-li se na Harrisův popis Hrdiny, Herkula, a jejich kontrast s Humdrumem, těžko se ubráníme dojmu, že by bylo velice nesnadné rozhodnout, zda je větším zkreslením původních tezí Harrisův Hrdina odkazující na Ungera, nebo jeho podání Dworkinova Herkula. I spíše nezaujatý evropský pozorovatel tak v myšlenkách Kritických právních studií vidí především hrůzu rozvratu řádu – což je jejich úspěchem i prohrou zároveň.

I. C. Dnešní pohledy

9. Lochner po sto letech

Kritická právní studia, jejichž začátkům jsme věnovali část předchozí kapitoly, byla v právní vědě a teorii nejvíce přítomna v 80. letech 20. století. Spíše než výsledky (třeba ve smyslu plnění Ungerem nastíněného programu budování zmocněné demokracie) to přineslo důsledky – vzestup jiných myšlenkových směrů, které se kritickým hnutím pozitivně nebo negativně inspirovaly. Především však jejich kritika opět citelným způsobem nastolila problematiku formalismu v právu, které se zde primárně věnujeme. A nastolila ji tak, že formalismus přestal být pouze fackovacím panákem či holí, kterou si na příslušného „psa“ berou jeho odpůrci, ale tohoto pojmu se chopili také právní myslitelé, kteří se mu pokoušejí dát pozitivní význam.

Než se však podíváme na tyto myslitele, pro které formalismus „již není sprosté slovo,“²³⁸ přistavíme se při ještě jiném tématu. Je jím retrospektivní pohled na zásadní rozhodnutí Nejvyššího soudu USA, jejich zjevné i skryté důvody, a myšlenkové dědictví, které z nich plyne. Jak jsme ostatně již zmínili, po Horwitzově první *Transformaci* (Horwitz 1977) a Friedmanově *Historii amerického práva* (Friedman 2005) nastala výrazná obroda právní historie v USA s mnohem větším důrazem na interpretaci kontextu prostých právněhistorických skutečností.

Cass R. Sunstein

Mezi nejvýznamnější počiny tohoto typu vztahující se k našemu tématu patří článek Casse Sunsteina²³⁹ o dědictví rozhodnutí ve věci *Lochner v. New York*

²³⁸ Inspirujeme se zde mediální kampaní společnosti Audi USA z roku 2009, která se pod sloganem „Diesel: No Longer a Dirty Word“ zaměřovala na změnu vnímání „špinavého“ Dieslova motoru americkou veřejností [3].

²³⁹ Cass Robert Sunstein (nar. 1954) absolvoval celé své vysokoškolské vzdělání na Harvardově univerzitě (College i Law School), po krátké asistentské praxi v soudnictví a administrativě začal v roce 1981 učit na University of Chicago, kde působí dodnes. Od roku 2008 ovšem jako Visiting

(Sunstein 1987). Sunstein zde tvrdí, že ústavní právo má tendenci vymezovat se v reakci na velké případy. V poválečné historii USA to byly zejména rozhodnutí ve věci *Brown v. Board of Education* řešící problematiku rasové segregace²⁴⁰ a rozhodnutí ve věci *Roe v. Wade* přiznávající ženám právo na potrat,²⁴¹ po celou první polovinu 20. století to však bylo nám již známé rozhodnutí ve věci *Lochner v. New York*, které se nadále „jako přízrak“ vznáší nad většinou významných ústavněprávních rozhodnutí (Sunstein 1987: 873).

Podle „obvyklého chápání“ je sice problémem onoho rozhodnutí „soudní aktivismus“ – „nelegitimní vpád soudů do oblasti vyhrazené politickým odvětvím veřejné moci“ (874)²⁴², Sunstein však podrobnějším rozbořem dochází ke třem jiným chápáním nedostatků tohoto rozhodnutí (a rozhodování Nejvyššího soudu USA v dané době vůbec): v nejužším pohledu je problémem to, že soud vzal za východisko pro rozhodování ústavněprávních otázek soudobou podobu tržních vztahů vycházející z common law; širší pohled odhaluje, že soud považoval za „nepřípustné stranictví“ zohledňování situace dotčených subjektů, tedy toho, „o koho jde“; ještě širší pohled pak ukazuje, že za přirozený a neměnný považoval soud systém, který je produktem práva, a jeho soudobý status quo (882). Soudní aktivismus je tedy až druhořadý – ústředním problémem je zde pojetí neutrality a nečinnosti a také výběr vhodného východiskového stavu, vůči kterému lze změny poměřovat (883). Na dalších dvou desítkách stran pak Sunstein ukazuje, že argumentační potomci tohoto rozhodnutí jsou hojně k nalezení i v pozdější judikatuře Nejvyššího soudu USA, aby se následně pokusil o nástin jakési metodiky

Professor, neboť kmenově přešel na Harvardovu univerzitu, kde byl v roce 2013 jmenován tzv. univerzitním profesorem (Robert Walmsley University Professor), což je nejvyšší pocta pro mezioborově působící akademiky. Od září 2009 do srpna 2012 působil také v administrativě prezidenta Obamy ([14], [42]).

²⁴⁰ 347 U.S. 483 (1954). Skutečnost, že je opravdu nepřiléhavé říct, že by toto rozhodnutí rasovou segregaci zakazovalo, odráží nejobvyklejší linie kritiky tohoto rozhodnutí.

²⁴¹ 410 U.S. 113 (1973). Mezi klasická díla americké právní vědy patří článek Johna H. Elyho z doby bezprostředně po vynesení tohoto rozhodnutí, který argumentaci soudu podrobil zdrcující kritice – navíc z pozice liberála, který samotný výsledek onoho sporu spíše přivítal (Ely 1973). V Shapirově novém seznamu nejcitovanějších právnických článků uzavírá druhou desítku (Shapiro a Pearse 2012: 1489).

²⁴² Tento pohled zřejmě vychází z nám již známého Holmesova disentu (srov. Bernstein 2003: 3an.)

překonávání tohoto dědictví, jakož i o úvahu, zda je jeho překonání vždy a nutně nezbytné. Článek uzavírá takto:

„ústředním problémem mnoha oblastí práva (...) je to, zda existuje ústavněprávní požadavek neutrality nařizující zachovat status quo, jak jej odrážejí výsledky působení trhu, nebo naopak zda Ústava, uznávající to, že rozdělení prostředků na trhu je lidským dílem, umožňuje a někdy vyžaduje změnu. Lochnerovskou éru lze chápat především jako varování před ústavněprávní doktrínou, která vymezuje neutralitu jako zachovávání současné praxe a která považuje jednání veřejné moci zaměřené na její udržení za „nekonání,“ které se nutně právní sankci vymyká, a jednání veřejné moci navrhuující změnu za „konání,“ které vyvolává právní pochybnosti.“²⁴³

Kritika Sunsteina z pera Davida Bernsteina

Sunsteinova interpretace Lochnerovské éry se v právním myšlení dobře zabydlela, získala však i řadu odpůrců. V článku hodnotícím dědictví citovaného Sunsteinova článku (Bernstein 2003) mu David Bernstein vyčítá povrchnost historické analýzy, o kterou se jeho interpretace opírá. Tvrdí, že žádná ze Sunsteinových tezí o Nejvyšším soudu USA v Lochnerovské éře z právněhistorického pohledu neobstojí. Na širokém spektru rozhodnutí (22-33) pak dokládá, že se tento soud principiálně nebránil změnám práva (i „common law“), proto je lichá

²⁴³ Tento překlad je ještě více než obvykle spíše parafrází než doslovným překladem, neboť jak je vidět z originálu, doslovný překlad by na mnoha místech narážel na odlišnou zavedenou terminologii v českém kontextu: „the central issue in numerous areas of the law – involving campaign finance regulation, hearing rights, affirmative action, gender and race discrimination, standing, review of agency inaction, state action, and ‚positive‘ rights – is whether there is a constitutional requirement of neutrality that commands preservation of the status quo as reflected in market outcomes, or instead whether the Constitution, recognizing the artifactual quality of the market allocation, permits and sometimes demands change. One might understand the Lochner era as, above all, a warning about constitutional doctrine that defines neutrality in terms of the perpetuation of current practice, and that treats government conduct tending to sustain it as ‚inaction‘ invariably escaping legal sanction, and government conduct proposing change as ‚action‘ tending to raise legal doubts.“ (Sunstein 1987: 918-9).

Sunsteinova teze o tom, že soud považoval toto obecné právo za „přirozené“, nikoli lidské dílo. Platí přitom, že toto obecné právo (a jeho zohledňování) nebylo „hnací silou libertarianizmu Lochnerovské éry,“ ale právě naopak „libertariánské instinkty“ soudu omezovalo (33). Bernstein dále dokládá, že soud pravidelně a většinou jednomyslně (38) shledával jako ústavně konformní redistributivní regulaci zohledňující nerovné postavení subjektů, a to dokonce i explicitně (36) – neplatí tedy ani další Sunsteinova teze.

Jak Bernstein uzavírá, chybou Sunsteinova článku je ztotožnění ústavou (a Nejvyšším soudem USA) chráněných tradičních práv a svobod amerického lidu s „Langdellovským common law“ (60), čímž se řadí do tradice kritizující Lochnerovskou jurisprudenci „za její údajný formalismus“ (61): pokud Langdellovská jurisprudence znehybnila soukromé právo tvrzením, že je přirozené a může být základem pro skutečně vědecké studium práva, Lochnerovská judikatura tuto chybu prohloubila tím, že toto chápání common law povýšila na ústavněprávní úroveň (61). Sunstein tak byl „první moderní myslitel, který toto historické chápání rozsudku ve věci *Lochner v. New York* zřetelně vyjádřil“ (61-2). Ústavněprávní historii však jeho článek neodpovídá (64).

V jiném rozsáhlém článku (Bernstein 2005) nabízí Bernstein vlastní retrospektivní pohled na rozsudek ve věci *Lochner v. New York*. Věnuje se zde jak historickým okolnostem tohoto případu, tak tomu, jak (a kdy) nabyl svůj ústavněprávní význam. Z hlediska historických okolností zdůrazňuje, že zdravotní a hygienické hledisko odůvodňující přijetí příslušného zákona bylo pouze částí složitější mozaiky tlaků zájmových skupin, kterou lze shrnout jako úsilí velkých, „průmyslových“ pekáren (jejich majitelů i odborově organizovaných zaměstnanců) o ochranu před konkurencí, kterou pro ně představovaly drobné pekárny nově příchozích přistěhovalců, kteří jakoukoli organizovanost postrádali (a ani jejich zaměstnanci obvykle nebyli členy pekařských odborů). Napadnutí ústavnosti tohoto zákona pak bylo právě dílem jejich vlastní nově založené organizace (1474-87).²⁴⁴ Po

²⁴⁴ Jenom na okraj lze dodat, že o přijetí onoho zákona i o jeho pozdější napadnutí na soudu se výrazně zasloužila tatáž osoba: Henry Weismann. Do roku 1897 byl vůdčí postavou pekařských odborů, editorem jejich novin a nakonec dokonce mezinárodním tajemníkem. Pro podezření z machinací s prostředky získanými těmito novinami však rezignoval, z odborů vystoupil, založil si

sérii těsných rozhodnutí nižších soudů ve prospěch ústavnosti zákona (1489) rozhodl o neústavnosti jeho ustanovení omezujícího pracovní dobu až Nejvyšší soud USA, a to nejtěsnějším možným rozdílem (1496).²⁴⁵ Praktické důsledky však byly mizivé – čtyři roky po vynesení tohoto rozsudku (tedy v roce 1909) pracovalo v celých USA více než 10 hodin denně méně než 9 procent pekařů (1501).

Jak se tedy z tohoto vlastně banálního případu stal jeden z nejvýznamnějších v americké ústavněprávní historii (a také v rámci diskuse o formalismu v právu)? Podle Bernsteina trvalo ještě dvě desetiletí, než se přístup uplatněný v tomto rozhodnutí²⁴⁶ stal z výjimky a anomálie pravidlem, a to i díky obměně soudu. To však trvalo jenom krátce – po Velké depresi ztratil klasický liberalismus a libertarianismus, jakožto východiska tohoto přístupu, prakticky veškerou veřejnou podporu.

Po několik dalších desetiletí se pak z tohoto rozhodnutí odkazovalo především na dissent soudce Holmese, zejména na tu jeho část, která se ostře ohrazuje proti soudnímu zasahování do ekonomických právních předpisů (1507-11). Výrazněji se však toto rozhodnutí do ústavněprávní diskuse vrátilo až v 60. a 70. letech 20. století, zejména pak ve slavném rozhodnutí ve věci *Roe v. Wade* rušícím omezení v oblasti potratů a v diskusi tomuto rozhodnutí věnované.²⁴⁷ Jako paradigmatický negativní příklad však podle Bernsteina zavádí toto rozhodnutí až Laurence Tribe ve svém pojednání o americkém ústavním právu z roku 1978, kde označení „Lochner“ používá jako zkratku pro veškerou judikaturu Nejvyššího soudu USA v oblasti smluvní svobody z let 1897-1937, přičemž toto období označuje za „Lochnerovskou

vlastní pekárnu a stal se aktivním členem nového newyorského sdružení mistrů pekařů, které za oním soudním přezkumem stálo. Jakožto v mezidobí vystudovaný právník byl dokonce právním zástupcem Lochnera a pekařského sdružení před Nejvyšším soudem USA (Bernstein 2005: 1478-9, 1484, 1491-2).

²⁴⁵ Podle Bernsteina existují důkazy pro tvrzení, že šlo o rozdíl jediného, navíc na poslední chvíli získaného hlasu – většinové stanovisko soudce Peckhama bylo údajně původně psáno jako dissent, obsáhlý dissent soudce Harlana jako většinové stanovisko (1496). Tvrdí také, že zavázat mohla také kvalita podaného návrhu a jeho statistická příloha, jakož i mimořádně nezdařilé vyjádření státu New York (1497).

²⁴⁶ Připomeňme, že šlo ochranu v ústavě neuvedených práv na základě ochrany práva na „řádný pořad práva“ (*due process*) zakotvené ve 14. dodatku k ústavě USA.

²⁴⁷ Bernstein připomíná (Bernstein 2005:1519), že rozhodnutí ve věci *Lochner v. New York* výslovně zmiňuje jak dissent soudce Rehnquista, tak velmi kritická analýza J. H. Elyho (Ely 1973: 937an.) – právě rozsudek ve věci *Lochner* je tím „vlkem“, před nímž se, dle Elyho, zbytečně často varuje.

éru“ (1520). Současné chápání tohoto rozhodnutí pak lze nejlépe vyjádřit ambivalentně: soud si pro sebe zvolil správnou roli nejzazšího obránce základních práv, na její zdůraznění si však vybral nesprávná práva (1522-3). Označování tohoto rozhodnutí za formalistické je však podle Bernsteina v přímém rozporu s historií i textem onoho rozhodnutí (1525) – neuvádí však, co „formalistickým rozhodnutím“ sám rozumí, a tedy ani konkrétně v čem rozhodnutí ve věci pana Lochnera formalistickým není.

Přesto jsou jak Sunsteinova studie, tak oba Bernsteinovy články pro naše zkoumání důležité. Dokládají totiž, do jaké podoby se diskuse o formalismu dostala v posledních dvaceti letech – zde na paradigmatickém příkladu jednoho rozhodnutí, které v rámci oné diskuse získalo mnohem větší význam, než jaký by mu po právu náležel. Úsilí o (přinejmenším pojmové) pročištění této diskuse je patrné zejména z toho, že se pojem „formalismus“ přestává v právním kontextu používat výhradně v negativním významu – v další kapitole udivíme, že získává i otevřené zastánce.

10. „No longer a dirty word“

Jak jsme již zmínili na úvod předchozí kapitoly, lze za jednu z reakcí na vystoupení kritického hnutí považovat i to, že se objevují právní myslitelé, kteří se k formalismu otevřeně (byť spíše opatrně) hlásí. Na ty nejvýznamnější se nyní podíváme.

Frederick Schauer

Vlnu nového, pozitivního zájmu o formalismus spustil²⁴⁸ článek Fredericka Schauera²⁴⁹ z roku 1988, který vyšel v březnovém čísle *The Yale Law Journal* pod prostým názvem *Formalismus* (Schauer 1988). Zde, a posléze i v knize z roku 1991 nazvané příznačně *Hra podle pravidel* (*Playing by the Rules*), Schauer rozvíjí svůj pohled na formalismus, který nabízí jako alternativu k používání pojmu „formalismus“ na „popis jakéhokoli soudního rozhodnutí, stylu právního myšlení nebo právní teorie, se kterým nebo se kterou ten, kdo tento pojem používá, nesouhlasí“ (510). Podle Schauera však lze v pojmu „formalismus“ nalézt jakési deskriptivní jádro – je jím podle něj „koncept rozhodování podle pravidel“ (510). Netvrdí přitom, že je formalismus vždy dobrý, nebo že by právní systém měl být formalistický. Nabízí však nový pohled na formalismus, na základě kterého lze na podobné otázky lépe odpovídat.

Ve svém popisu se věnuje především „obvyklým podezřelým“,²⁵⁰ tedy také nám již známému případu *Lochner v. New York*. Připomíná, že problémem tohoto rozsudku je zejména jeho odůvodnění, v němž se soudce Peckham snaží popsat

²⁴⁸ Rozhodně z hlediska akademické produkce. Je však zjevné, že celá řada právních myslitelů (zde zmiňovaných i dalších) zastávala podobné postoje již dlouho před publikací tohoto článku.

²⁴⁹ Frederick Schauer (nar. 1946) studoval na Dartmouth College a Harvard Law School, kterou absolvoval v roce 1972. Po krátké advokátní praxi vstoupil do akademie, kde jsou jeho nejvýznamnější pozice sedmiletá profesura na University of Michigan, na ní navazující působení na Harvard School of Government (1990-2008) a nynější působení na Virginia University School of Law.

²⁵⁰ Oprávněnost i úskalí užití této kriminalistické metody dobře ilustruje film Bryana Singera s tímto názvem (v orig. *Usual Suspects*) z roku 1995.

volbu, kterou toto rozhodnutí zahrnuje, jako nutnost (511-2). V tomto rozhodnutí se tak jako formalismus kritizuje „nesprávné tvrzení nevyhnutelnosti,“ „prezentace sporné aplikace obecných pojmů jako definiční součásti významu obecného pojmu,“ jde tedy o výtku „klamání, a to sebe nebo jiných“ (513). Právě toto je v očích Schauera Hartovo vnímání formalismu – „neochota uznat v případech sporné aplikace (...) nutnost volby, která přesahuje pouhé zjištění významu slova.“ Hartův formalista tedy „považuje polostín za stejně jasný jako jádro,“ Lochnerovský formalista „považuje obecný pojem za stejně určitý jako pojem konkrétní“ (514). Variací na tuto podobu formalismu pak je popření volby toho, zda i jasnou normu vůbec uplatnit, což je rovněž častý případ (515).

V jistém smyslu druhou stranou téže mince je chápání formalismu jako odmítání toho, že by soudce možnost volby vůbec měl, tedy jeho svazování textem normy – být formalistický tak znamená „být otrokem pouhých znaků na popsané stránce“ (521). Zde již jde Schauer k jádru své argumentace, a na deskriptivní dotaz, zda je takovéto omezení psaným textem možné (523), odpovídá kladně (530).²⁵¹ Zůstává tak normativní otázka: „nakolik by systém měl legitimovat vyhýbání se doslovnému významu, pokud se rozhodujícím subjektu jeví vyhnutí se doslovnému významu jako optimální výsledek?“ (531).

Aby na tuto otázku mohl odpovědět, zaměřuje Schauer svůj pohled na jazykový charakter pravidel, přičemž konstatuje, že právě akontextuální rigidita pravidla, a to i ve vztahu k neočekávaným či přímo špatným výsledkům jeho aplikace, činí pravidlo pravidlem, její nerespektování naopak stírá rozdíl mezi pravidlem a odůvodněním (534-5). Pravidla totiž omezují možná odůvodnění rozhodnutí dvěma způsoby:

²⁵¹ Související psychologickou výtku vůči formalismu, zda je vůbec možné omezit takto rozhodující osobu a přinutit ji tím k dosažení „nerozumného“ výsledku, který však odpovídá doslovnému znění pravidla, ponechává Schauer jako empiricky spíše nerozhodnutou, pro účely jeho argumentace mu však stačí, že to „někdy“ možné je (Schauer 1988: 531). Pro námi sledovanou diskusi je ale důležité, že právní vědě vytýká, že se těmito výtkami vážně nezabývá, s „významnou výjimkou“ knížky Jeroma Franka *Law and Modern Mind* (s níž jsme se setkali v kapitole o americkém právním realismu) a jednoho článku D. Kennedyho, přičemž považuje za nezbytné, aby právní věda „systematicky prozkoumala významné otázky, které Frank, Kennedy a jiní vznesli impresionistickým způsobem“ (Schauer 1988: 530, pozn. 64). Nebudeme-li slovo „impresionistický“ považovat za falešnou kulatnost, jde o přesvědčivý doklad toho, jak vážně Schauer bere svou argumentaci i své oponenty – viděli jsme, že to v této diskusi rozhodně není běžné.

jednak vylučují některá možná odůvodnění, jednak se sama stávají odůvodněním konání či rozhodnutí (537). Základní otázka však zůstává: co je na rozhodování podle pravidel dobrého? Schauerova odpověď překvapí: nic. Pravidla potlačují výjimečnost a tím odsuzují rozhodování k průměrnosti, a to výměnou za jistou předvídatelnost či jistotu (539-40). Rozhodování podle pravidel je tak inherentně konzervativní, stabilizující. Přitom platí, že

„Stabilizovat, působit v inherentně konzervativním módu, znamená vzdát se jisté možnosti zlepšení výměnou za ochranu před jistou možností katastrofy.“ (542)²⁵²

Formalismus, jak jej chápe Schauer, je tak bytostně spojen s rozhodováním podle pravidel, přičemž má svou hodnotu tam, kde se „považuje za vhodné omezit rozhodovací možnosti a spektrum možných rozhodnutí jisté třídy rozhodujících subjektů,“ přičemž „není ani zdaleka nutně pravdou, že by právní systémy musely fungovat výhradně nebo i jenom z větší části jako instituce ovládané pravidly“ (544). Rozhodnutí o uplatnění formalismu není pojmově nutné, ale spíše kontextuální a politické, neboť (a to je asi nejvýraznější závěr Schauerova zkoumání) „formalismus by se měl považovat za nástroj, který se má používat v některých částech právního systému a ne v jiných“ (547). Jinými slovy – formalismus v podobě, která bývá předmětem kritiky, je pouze „extrémním a tedy nešťastným projevem v zásadě vhodné charakteristiky“ přístupu k právu (548).

²⁵² Konzervativní konotace formalismu Schauer rozvádí i jiným směrem, když říká, že jeho rysem je také skromnost či uměřenost, jejímž opakem je arogance. „Uměřený“ rozhodující subjekt si umí říct „to není moje věc“ a tím ze svého uvažování vyloučit (některé) mimoprávní ohledy. Tato uměřenost však nesmí být vyhýbáním se odpovědnosti. Citujme Schauera přesně: „Formalism is about power, but is also about its converse – modesty. To be formalistic as a decisionmaker is to say that something is not my concern, no matter how compelling it may seem. (...) Modesty, of course, has its darker side. To be modest is at times good, but avoiding authority is also avoiding responsibility. In some circumstances we want our decisionmakers to take charge and accept the consequences of their actions. (...) Part of what formalism is about is its inculcation of the view that sometimes it is appropriate for decisionmakers to recognize their lack of jurisdiction and to defer even when they are convinced that their own judgment is best. The opposite of modesty is arrogance, not just responsibility.“ (Schauer 1988: 543-4).

Schauerův přístup k formalismu tak vychází z jeho pohledu na roli pravidel v právu, kterou ve své nedávné učebnici právního myšlení a argumentace shrnuje parafrází Dworkina – právo plní podstatnou část svých úkolů tím, že bere vážně pravidla (Schauer 2009: 35).

Brian Z. Tamanaha

Právním vědcem mladší generace, který se tímto Schauerovým přístupem velmi inspiruje, je Brian Tamanaha.²⁵³ Ve své knize o instrumentálním pojetí práva (Tamanaha 2006) poukazuje na úskalí příklonu k takovému pojetí práva, které bývá vnímáno jako přirozený protipól pojetí formalistického. V blogovém článku z prosince 2006 to říká ještě otevřeněji: ačkoli tradičně bývá formalismus spojován s konservativismem, dnes²⁵⁴ je v zájmu zachování vlády práva nezbytné, aby se k němu hlásili i lidé liberálního smýšlení – což na samotný závěr a ve stylu „anonymních alkoholiků“ Tamanaha sám předvádí:

„Skutečně se domnívám, že vláda práva je pro naši společnost nezbytná. Liberálové a konzervativci spolu v mnohém nesouhlasí, na uznání zásadního významu vlády práva bychom se však shodnout měli. V jádru vlády práva je právní formalismus, zejména právní formalismus soudců.

Proto:

„Jmenuji se Brian Tamanaha a jsem právní formalista.“

(Fuj, to nebylo snadné prohlášení – jen si to zkuste.)“²⁵⁵

²⁵³ Brian Z. Tamanaha (nar. 1957) vystudoval právo na Bostonské univerzitě, a po právní praxi v soukromém i veřejném sektoru (včetně vlády Mikronésie) zakotvil v právní akademii – nejdříve v 90. letech v Amsterdamu, pak na dlouho na katolické St. John's University, od roku 2010 pak na Washington University v St. Louis. Je rovněž držitelem doktorátu v právní vědě (SJD) z Harvard Law School. V jeho vědecké práci se právní pozitivismus zajímavým způsobem snoubí s rozsáhlou mezinárodní zkušeností a vnímáním společenského kontextu práva. (Biografická data pocházejí z jeho životopisu [40]).

²⁵⁴ Svůj přístup označuje za „právněsociologický pozitivismus“, který se snaží z pozic společenskovědního studia práva lépe splnit původní Hartův záměr (Tamanaha 2001: 135).

²⁵⁵ Není rozhodně bez významu, že Tamanaha svůj článek píše uprostřed druhého funkčního období prezidenta G. W. Bushe.

²⁵⁶ Čtivostí patří Tamanaha k tomu nejlepšímu, co dnešní právní akademie nabízí: „I genuinely believe that the rule of law is essential to our society. Liberals and conservatives disagree about

Dalším, mnohem srdatějším moderním zastáncem právního formalismu je kanadský profesor Ernest Weinrib.²⁵⁶ Jeho článek o právním formalismu a imanentní racionalitě práva (Weinrib 1988) vyšel v *The Yale Law Journal* jenom dva měsíce po Schauerově článku, a lze jej tak považovat za jeden z podnětů k obnově přemýšlení o formalismu v právu. Hned v první větě tohoto článku uvádí svůj záměr formalismus hájit (Weinrib 1988: 950), přičemž podobně různé jsou i úvody dalších jeho článků k tomuto tématu (např. Weinrib 1993: 583).²⁵⁷ Za tím účelem také formalismus vymezuje: podle Weinriba formalismus tvrdí, že právo je srozumitelné jako vnitřně koherentní jev (Weinrib 1988: 951), přičemž má obsah, který není importován zvenčí, ale je rozpracováván zevnitř práva samotného (956) – má „imanentní morální racionalitu“ (954). Snahou právního formalismu je především to, aby se pojem formy stal ústředním pro chápání právních vztahů, tedy vyjádřit tuto imanentní racionalitu v doktrínách, institucích a rozhodnutích pozitivního práva (957).

Svou imanentní vnitřní racionalitou se právo podle Weinriba podobá geometrii, kterou lze taktéž studovat „zevnitř“ (962). Právě od imanentní racionality forem spravedlnosti formalista vyvozuje rozlišení právní a politické sféry (995), které Weinrib klade do ostrého protikladu k přístupu Kritických právních studií. Význam jejich kritiky spatřuje Weinrib především v tom, že nás nutí opět se zabývat věčným

much, but on recognizing the signal importance of the rule of law we should be united. At the core of the rule of law is legal formalism, especially legal formalism by judges. For this reason: „My name is Brian Tamanaha and I am a legal formalist.“ (Yuck, that was not an easy statement to make—try it and see.)“ [39].

²⁵⁶ Ernest J. Weinrib (nar. 1943) je generačním soupeřem Kennedyho nebo Schauera. Vystudoval v Torontu, PhD však má z Harvardovy univerzity (z klasických studií). Učitel na Torontské univerzitě začal již během studií (učil klasické jazyky během svých právnických studií) a jako univerzitní profesor práva zde působí dodnes. Odborně se věnuje především soukromému právu a právní teorii, v roce 2009 získal za své celoživotní dílo zvláštní Killamovu cenu kanadské vlády ([13], [46]).

²⁵⁷ Jeho oblíbenou metaforou je v tomto směru „smrt formalismu“: „za poslední dvě století byl formalismus znovu a znovu zabit, vždy však odmítl zůstat mrtev“ (Weinrib 1988: 951), „jdou fámy, že právní formalismus je mrtev. Tyto fámy jsou nepravdivé.“ (Weinrib 1993: 583).

problémem možnosti koherence v právu, přičemž na tuto otázku dává tato kritika skeptickou odpověď. Weinrib naopak svůj článek zakončuje důrazným odstavcem:

„Tím, že tvrdí, že tato odpověď není správná, nechává formalismus promluvit nejstarobylější aspirace teorií přirozeného práva, jelikož právo interpretuje jako prodchnuto rozumem. (...) Z hlediska formalisty právo není uskutečněním utopického projektu. Je však vrcholnou vymožeností mysli.“²⁵⁸

V dalším svém článku Weinrib popisuje formalismus jako teorii právního odůvodňování, přičemž základní formou formalistické analýzy je právní vztah a hlavním zájmem formalismu je vnitřní struktura tohoto vztahu (Weinrib 1993: 583-5).

Antonin Scalia a originalismus

Asi nejvlivnější osobou současnosti, které se označení „formalista“ někdy připisuje, je nicméně jiná postava americké právní scény – soudce Nejvyššího soudu USA Antonin Scalia.²⁵⁹ Jeho přístup je nicméně přiléhavější označovat slovem, který

²⁵⁸ Odcitujme Weinribův závěrečný odstavec celý v originále: „In claiming that that answer is wrong, formalism gives voice to the most ancient aspirations of natural law theorizing by construing the law as permeated by reason. The forms of justice represent the conceptual structures applicable to the understanding of juridical phenomena, and the content of law is intelligible to the extent that its justifications express these structures. Because the forms are implicit in external interaction, they are present in everyday life, are accessible to the workaday jurists who take up the task of legal elaboration, and are reflected in whatever coherence sophisticated legal cultures attain. In the formalist understanding law is not the realization of a utopian project. It is, nonetheless, a supreme achievement of mind.“ (Weinrib 1988: 1016).

²⁵⁹ Antonin Scalia (nar. 1936) studoval pregraduálně na Georgetown University a na švýcarské Freiburské univerzitě, právo pak vystudoval na Harvard Law School. Po studiích působil nejdříve několik let v právní praxi (v Clevelandu), poté působil střídavě jako profesor práva (zejména na University of Virginia a University of Chicago) a ve federální administrativě. Soudcem odvolacího soudu pro DC byl jmenován v roce 1982, soudcem Nejvyššího soudu USA pak v roce 1986. Stojí za pozornost, že ačkoli bývá označován za názorově spíše vyhraněného soudce, Senát Kongresu USA jeho nominaci schválil jednomyslně, ačkoli v ten samý den potvrdil nominaci soudce Rehnquista za předsedu Nejvyššího soudu USA nezvykle nízkou většinou 65 ku 33 hlasům [19]. Odborná erudice Scalii byla tedy již před čtvrtstoletím nepochybná. (Biografická data pocházejí z jeho profilu na stránkách Nejvyššího soudu USA [38]).

pro něj sám zavedl – textualismus (Scalia 1997: 23) či originalismus (Scalia 1989). Ten spočívá v tom, že se interpretace zákonného textu omezuje na vlastní význam tohoto textu, a to jeho význam původní – tedy ten, který měl v době svého přijetí. Scalia přitom není žádným zaslepeným zastáncem tohoto přístupu, naopak si dobře uvědomuje jeho nedostatky (Scalia 1989: 856, 861) – považuje jej nicméně za menší zlo než jeho „neoriginalistický“ protiklad (Scalia 1989: 862). K tomu dodejme, že Scaliův originalismus se nejvíce pojí s interpretací Ústavy USA, tedy vesměs textu z konce 18. století, přičemž podle něj právě originalistický přístup lépe odpovídá vlastní funkci ústavy a práv do ní vtělených: tou není zohledňovat momentální preference většinové společnosti (tuto funkci dobře plní běžné zákonodárství), ale naopak „chránit právo před tím, aby zohledňovalo jisté změny původních hodnot, které společnost přijímající ústavu považuje za zásadně nevhodné“ (Scalia 1989: 862).²⁶⁰

Scalia přitom na jiném místě zdůrazňuje, že textualistický či originalistický přístup nemá být nadměrně reduktivní: „text by se neměl vykládat přísně, a neměl by se vykládat shovívavě; měl by se vykládat rozumně, tak, aby obsahoval vše, co spravedlivě nahlíženo znamená“ (Scalia 1997: 23). K nařčení z formalismu se vyjadřuje velmi otevřeně:

„Ze všech kritik vznesených vůči textualismu je nejvíce nesmyslným nařčení z toho, že je formalistický. Odpovědí na to je: *samozřejmě, že je formalistický!* Vláda práva je o formě. (...) Ať žije formalismus. Právě ten dělá z vlády vládu zákonů a ne lidí.“²⁶¹

²⁶⁰ Tak lze ostatně zřejmě rozumět také například recentním snahám o zavedení definice manželství do ústav různých států.

²⁶¹ Uveďme celý odstavec i se Scaliiovými vysvětlujícími příklady: „Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is formalist. The answer to that is, *of course it's formalistic!* The rule of law is *about* form. If, for example, a citizen performs an act – let us say the sale of certain technology to a foreign country – which is prohibited by a widely publicized bill proposed by the administration and passed by both houses of Congress, *but not yet signed by the President*, that sale is lawful. It is of no consequence that everyone knows both houses of Congress and the President wish to prevent that sale. Before the wish becomes a binding law, it must be embodied in a bill that passes both houses and is signed by the President. Is that not formalism? A murderer has been caught with blood on his hands, bending over the body of his victim; a neighbour with a video camera has filmed the crime and the murderer has confessed in writing and on videotape.

I pro Scaliu je ostatně nejdůležitějším rysem práva výsadní postavení pravidel v jeho rámci. Ve svém dalším článku z roku 1989 (Scalia 1989a)²⁶² ostatně obhajuje používání pravidel v odůvodněných soudních rozhodnutích – a to včetně vyslovování nových pravidel odvolacími soudy.

Na originalismu a textualismu je z našeho hlediska zajímavý ještě jeden jeho rys, a to svébytný postoj k historii při interpretaci zákonného textu. Ve zkratce jej nejlépe popsal další zastánce tohoto přístupu, americký federální odvolací soudce Frank Easterbrook: tzv. legislativní historie, tedy to, co se v našem prostředí již tradičně nazývá historickým výkladem (srov. Gerloch 2009: 135),²⁶³ nemá být pro interpreta právního textu přítelem, ale pouze nezbytností (Easterbrook 1993: 62).

Recentní příklady obhajoby formalismu tak v rámci diskuse o jeho roli v právu zdůrazňují jeden z jeho rysů, který probleskoval již v diskusi mezi Hartem a Fullerem: a to skutečnost, že právní systém je do značné míry tvořen textem (Scalia), konkrétně pravidly (Schauer, Tamanaha), které si svou povahou zaslouhují či přímo vyžadují jistou „úctu“ – Fuller by snad řekl „věrnost.“ Jenom tak lze podle nich realizovat ideu právního státu jakožto „vlády práva, nikoli lidí.“ Objevují se též názory obhajující formalismus jako nutný korelát práva jakožto vnitřně koherentního systému (Weinrib), tedy vlastně jako pojmovou nutnost právního řádu. V další kapitole nicméně uvidíme, že nových směrů nabývají i pohledy kritické.

We nonetheless insist that before the state can punish this miscreant, it must conduct a full-dress criminal trial that results in a verdict of guilty. Is that not formalism? Long live formalism! It is what makes us a government of laws and not of men.“ (Scalia 1997: 25, kurzíva v originálu).

²⁶² Tento článek proslovil původně v roce 1989 jako Holmesovskou přednášku na Harvard Law School – tedy podobně jako tři desetiletí před ním H.L.A. Hart svou obhajobu právního pozitivismu. Je to velmi soustředěná a důsledná obhajoba používání pravidel v soudních rozhodnutích – rozhodně ale neobsahuje „Scalia's strongest claim on Formalist credentials,“ jak uvádí Wikipedia [49].

²⁶³ Mínilme tím tedy interpretaci zákonného textu na základě jeho legislativní historie (debata na plénu zákonodárského sboru, vyjádření předkladatele v médiích apod.), nikoli používání aforistických historických paralel, jak jej známe z disentů (a částečně i většinových odůvodnění) soudce Ústavního soudu Stanislava Balíka.

11. Soudobá a „pokritická“ kritika

Když jsme si v předchozím oddíle představili Kritická právní studia, zabývali jsme se především jejich vzestupem v 70. letech a obdobím jejich největšího významu v 80. letech 20. století. Uvedli jsme také, že toto hnutí sice vzniklo v USA, kde taktéž nejvýrazněji působilo, nicméně své příznivce našlo po celém světě, zejména pak v anglofonním prostředí. Nastínili jsme konečně, že zatímco v USA měla tato kritika organizovanější podobu hnutí (přinejmenším od Ungerova článku tohoto jména), v Evropě se soustředila volněji kolem každoroční Kritické právní konference, která se konává dodnes. Rozdíly jsou přitom nejenom organizačního charakteru, ale především také v tématech, jimiž se kritické právní myšlení zabývá. Na Kritické právní konferenci 2009 v Leicesteru to britský akademik řeckého původu Costas Douzinas shrnul stroze tím, že hlavní tématem kritického právního myšlení v USA je již 20 let „vznik, zánik a dědictví Kritických právních studií,“ zatímco v Evropě jde o uskutečňování kritického právního myšlení jako takového.²⁶⁴ Neil Duxbury to shrnuje lakonicky: Angličané upřednostňují mikroskop před teleskopem, Američané obráceně (Duxbury 2003: 972).²⁶⁵

Samotnou současnou produkci kritického právního myšlení se však již zabývat nebudeme, neboť je to téma, které by si svou rozmanitostí a rozdrobeností vyžadovalo rozsáhlou samostatnou studii. Navíc se našeho vůdčího tématu formalismu v právu dotýká nad rámec již řečeného spíše okrajově, byť by se i zda našlo několik přínosných děl.²⁶⁶ Zde svou pozornost zaměříme na kritické myšlenkové proudy, které jsou do jisté míry pokračovateli tradice Kritických

²⁶⁴ Příkladem budiž právě Douzinasova kniha o právní teorii z nedávné doby (Douzinas a Gearey 2005) nebo jihoafrická publikace z téže doby (van der Walt 2005) – je jistě zajímavé, že jihoafrická či australská právní teorie inklinuje spíše k evropským než americkým přístupům.

²⁶⁵ Nutno ovšem dodat, že výše uvedené knížky Douzinase a van der Walta mají spíše „teleskopický“ charakter.

²⁶⁶ Lze zmínit alespoň příspěvek jihoafrické profesorky Irmey Kroeze z kongresu IVR konaného v roce 2007 v polském Krakově, který bohužel nevyšel tiskem.

právních studií, díky svým stěžejním tématům a svébytným přístupům však s touto tradicí zdaleka nesplývají.

Feministická jurisprudence

Nejvíce je nejednoznačnost a spíše inspirativní charakter tohoto vztahu patrný v případě feministické jurisprudence. Je to zde zjevné již z její různorodosti, která odpovídá různorodosti obecného feministického hnutí, kterou lze pozorovat v jeho letité historii – její nástin nicméně přenecháváme povolanejším.

V oblasti myšlení o právu lze ovšem konstatovat, že předmětem feministické kritiky jsou všechny základní hodnoty, které (jak jsme již viděli) bývají spojovány s právním formalismem – tedy objektivita práva, jeho neutralita a univerzálnost, nebo formální spravedlnost, kterou přináší. Podle feministické kritiky přináší uplatňování těchto hodnot v právu pravý opak zamýšleného, tedy rovnocenného zacházení s lidmi. Psycholožka Carol Gilligan zavedla rozlišení etiky spravedlnosti a etiky péče, přičemž tu první spojuje s (mužským) zdůrazňováním abstraktního, individualistického a pravidly se řídícího přístupu k morálním problémům, zatímco tu druhou s (ženským) zdůrazňováním provázanosti a kontextuálnější argumentace (srov. Minda 1995: 135an.). Podle jiných autorek (a autorů) tím však pouze dala nálepku zásadní charakteristiky něčemu, co je ve skutečnosti výsledkem arbitrárního rozdělení moci mezi muži a ženami – podle Catherine MacKinnon je pečovatelský přístup to, co muži po ženách chtějí. Podle ní jsou podezřelé již samotné výše zmiňované hodnoty, jelikož představují „základní způsoby organizování sociální moci na úkor žen“ (Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 130-1).

Při Catherine MacKinnon²⁶⁷ ještě chvíli zůstaneme. Její myšlení sice patří i v rámci feministických přístupů k tomu radikálnějšímu, i díky tomu se ale nezvyklým

²⁶⁷ Catherine MacKinnon (nar. 1946) vystudovala Yale Law School v roce 1977, přičemž na této univerzitě později získala i titul PhD z politologie. Akademicky působí především na University of Michigan a jako *visiting professor* také na Harvard Law School i jinde. Mimo akademii působí v neziskovém sektoru, ale výrazné úspěchy zaznamenala také v právní praxi – jako právní zástupkyně bosenských žen, které se staly oběťmi sexuálních zločinů Srbů, vysoudila v soudním procesu s R. Karadžičem vedeném na půdě USA náhradu škody ve výši 745 mil. USD; mnoho jurisdikcí převzalo např. její teze o deliktním, potažmo trestněprávním charakteru sexuálního obtěžování [28].

způsobem vyjadřuje k formalismu v právu, který je vlastním tématem našeho zkoumání. V jejích dílech se formalismus pojí zejména s (vyprázdněnou) formální rovností, kterou se snaží překonat, dohlédnout k sociálním důsledkům (MacKinnon 1993: 80) a naplnit reálným obsahem, protože ve stávající podobě není zmocňujícím právem lidí, ale svazujícím omezením orgánů veřejné moci (MacKinnon 2011: 2). Své teze v tomto směru pak důkladněji a koncizně formuluje na úvod své knihy *Women's Lives, Men's Laws* z nedávné doby (MacKinnon 2005). Nejde přitom o prvoplánovou kritiku formalismu, ale naopak o posun důrazu z formy na obsah. Jak uvádí, formalismus v právní interpretaci bývá často ostouzen a odsuzován, vlastní obsah, to podstatné, „substance“ – tedy vlastní rozdělení, organizace a distribuce společenské moci však není běžným předmětem právněteoretického myšlení. Je přitom možná zjevné, že rozdělení moci je vůdčím faktorem v případech, kde jde o nerovnost. „Kde však o nerovnost nejde?“ táže se MacKinnon (2-3). Formalismus tak může být mocným nástrojem – někdy je skutečně velice důležité, „do jaké lahve se víno nalije.“ Přesto je forma nadužívanou výmluvou, maskou skrývajícím obsah, přičemž „věrnost formě“ je většinou oddaností určitému skrytému obsahu nebo prostým vypuštěním jednoho či více kroků právní analýzy a argumentace (5).

Jinou významnou postavou feminismu v právu je Martha C. Nussbaum.²⁶⁸ Z jejího rozsáhlého díla má v právní oblasti asi největší ohlas koncepce tzv. přístupu založeného na schopnostech (*Capabilities Approach*, CA – sama tuto zkratku používá), podle kterého je

„... klíčovým úkolem národní ústavy a právní kultury, která ji interpretuje, zabezpečit pro všechny občany nutné podmínky pro život

²⁶⁸ Martha C. Nussbaum (nar. 1947) se k myšlení o právu dostala přes obecnou filosofii, kterou vystudovala na Harvardově univerzitě (PhD v roce 1975). Učila na Harvardově univerzitě, po zamítnutí definitivy se přesunula na Brown University, učila rovněž na Oxfordu a v současnosti je profesorkou na University of Chicago, kde působí (a to také institucionálně) na pomezí práva, filosofie a religionistiky. Její aktivity rovněž výrazně přesahují běžnou akademickou činnost, jakožto osoba bez právního vzdělání je však zaměřuje spíše filosofickým a poradenským směrem. Je držitelkou celé řady mezinárodních ocenění a čtyřiceti čestných doktorátů z celého světa [43].

hoden lidské důstojnosti – základní skupinu ‚schopností‘ – v oblastech, které mají pro lidský život zásadní důležitost.“²⁶⁹

V rozsáhlém článku věnovaném judikatuře Nejvyššího soudu USA za rok 2006 pak tento přístup srovnává s „povýšeným formalismem“ (*lofty formalism*). Ten není odlišným normativním pohledem (Nussbaum 2007: 25), ale spíše odlišným argumentačním přístupem, který je na normativním pohledu dosti nezávislý (9, 26). Dle povýšeného formalismu si dobré rozhodování vyžaduje „distanci od faktických okolností případu a historie zápasu, kterou často odhalují.“ Dle svých příznivců tak zajišťuje neutralitu a absenci předsudků (26). Martha Nussbaum mu vyčítá, že principy a pravidla pro rozhodování hledá na příliš vysoké, obecné úrovni, nehledě na to, zda na dané úrovni lze zohlednit složitost a okolnosti předmětné kauzy (28). V dobách rasové segregace tak skutečně mohlo být právníkovi bílé i tmavé barvy pleti „stejně“ trapné, že nemohou o přestávce soudního jednání zajít společně na oběd do normální restaurace; při bližším pohledu však zjistíme, že zatímco pro jednoho šlo o nepříjemnost a možná zdroj pocitu viny, pro druhého šlo o veřejný znak méněcennosti (29). Proponent CA naproti tomu sice uznává, že někdy je formalismus vhodný, jeho běžný přístup je však jiný: snaží se o porozumění, a to porozumění blízké tomu, jaké si čtenář přináší ze sociálního románu Charlese Dickense.

„Dobrý soudce, jak si CA tuto roli představuje, čte případ tak, jako pozorný čtenář čte takovýto román: ptá se, co lidé skutečně mohou udělat a kým skutečně mohou být, jaká je historie jejich úsilí, a zda předmětná práva a svobody jsou pro ně skutečná, nebo pouze vzdálené a nedostupné abstrakce.“²⁷⁰

²⁶⁹ Martha Nussbaum píše hodně, ale také velmi poutavě: „a key task of a nation's constitution, and the legal tradition that interprets it, is to secure for all citizens the prerequisites of a life worthy of human dignity – a core group of ‚capabilities‘ – in areas of central importance to human life.“ (Nussbaum 2007: 7).

²⁷⁰ V originálu: „The good judge, as the CA imagines that role, will read a case the way an attentive reader reads such a novel, asking what the people are actually able to do and to be, what the history

Kritická rasová teorie

Druhým myšlenkovým proudem, který se Kritickými právními studiemi výrazně inspiroval a který si zde zmíníme, je Kritická rasová teorie. Podobně jako Kritická právní studia i toto hnutí vyrostlo z nespokojenosti – z nespokojenosti rostoucího počtu právních akademiků pocházejících z různých etnických menšin s tím, jak právo (ve svém „hlavním proudu“) zohledňuje, či spíše nezohledňuje zkušenost („hlas“ – srov. Delgado 1990 – a „příběhy“ – srov. Delgado 1989) osob a společenství jsoucích na okraji či až vně zájmu právního řádu.²⁷¹ Svou kritiku přitom tyto akademici směřují také do řad jiných kriticky smýšlejících právních akademiků, zejména pak důrazně kritizují přístup Kritických právních studií (srov. Delgado 1987) k problematice (subjektivních) práv, který je spíše rezervovaný, a zdůrazňuje, že formální subjektivní práva nepřinášejí materiální spravedlnost (Davies 2008: 206).

Z hlediska Kritické rasové teorie je tomu ale jinak: subjektivní práva jsou pro menšiny zdrojem moci, kterou postupně nabývají. Nahlížejí-li se optikou jakéhosi abstraktního „jednotlivce“ a státní moci (kterou omezují, čím omezují také její možnost aktivně prosazovat materiální spravedlnost), tento jejich rys se zcela ztrácí ze zřetele. Kritická právní studia se tak dopouštějí toho, co samy na „hlavním proudu“ právní vědy kritizují – když „odkrývají skutečné fungování práva,“ činí tak abstraktně a ze svého, omezeného a spíše privilegovaného pohledu. Margaret Davies to ilustruje příběhem z 80. let 20. století, kdy si (nezávisle na sobě) hledali v New Yorku byt jak prominentní „kritik“ Peter Gabel (muž bílé pleti), tak Patricia Williams (žena černé pleti). Zatímco Gabel se rozplýval nad možností neformálního „podání ruky,“ Williams vyžadovala precizní smlouvu, která pro ni byla zárukou toho, že s ní bude zacházeno jako s důvěryhodnou osobou nadanou právy. „Když jste paradigmatickým případem,“ shrnuje to Davies, „je dosti snadné nechat formality

of their efforts is, and whether the freedoms and rights at issue are real for them, or distant and unavailable abstractions.“ (Nussbaum 2007: 32).

²⁷¹ Kritická rasová teorie je tak nejvýraznějším příkladem tzv. *outsider jurisprudence*.

stranou. Zavrhnutí formalit však bude mít pro méně privilegované lidi jiné důsledky.“ (Davies 2008: 207-8).

Tématu právního formalismu se explicitně věnuje Richard Delgado,²⁷² jedna z vůdčích postav kritické rasové teorie. Činí tak ve třinácté Rodrigově kronice (Delgado 1997), tedy článku psaném ve formě narativu, přesněji rozhovoru smyšlených postav Profesora, mladého akademika Rodriga a jeho životní partnerky Gianniny. Delgado se zde (prostřednictvím oněch smyšlených postav) vrací ke kořenům (zejména americké) kritiky formalismu v právu, neboť základní motivací jeho úvahy je nespokojenost se stavem právníkové profese – a to jak z hlediska její neoblíbenosti u veřejnosti (1110-12), tak z hlediska spokojenosti samotných právníků (1112-17). Delgado tvrdí, že příčina je společná, a to právě právní formalismus, přičemž tímto pojmem označuje snahu o vědecké studium práva se všemi konotacemi redukcionismu, Langdellovské sokratické metody apod. (1109, pozn. 13), a jako synonymum používá pojem doktrinalismus (např. 1119). Jeho argumentace je velmi komplexní a do značné míry podmíněná soudobou americkou zkušeností, přesto lze i v ní nalézt obecnější a pro naše zkoumání relevantní teze. Asi nejpozoruhodnější je přitom jeho obecný přístup, v němž formalistický přístup ke studiu a praktikování práva spojuje s onou nespokojeností jak veřejnosti, tak právníků (či studentů práv) samotných.

Konkrétněji poukazuje na pět způsobů, kterými se toto spojení děje. Prvním je mechaničnost²⁷³ práva a právní vědy, která vede k odlidštění a jakémusi mravnímu zploštění – z právníků se stávají jakýsi žoldnéři, jejich úkolem je vyhrávat a „billovat.“ Přitom „dobré právníctví je spíše uměleckou formou než vědou,“ klient může chtít netoliko vítězství, ale spíše spravedlnost (1121). Školní výuka i „koncipientská“ odborná příprava (v americké podobě) přitom směřují spíše právě

²⁷² Richard Delgado je profesor práva hispánského původu. Práva vystudoval na University of California – Berkeley. Prakticky ihned po dokončení studií začal učit, jeho nejvýznamnější pozice byly na University of Colorado, University of Pittsburgh a aktuálně Seattle University School of Law. Pro jeho dílo je charakteristické časté používání formy narativu bez obětování hloubky sdělení – srov. sérii jeho Rodrigových kronik. (Biografické údaje nejsou snadno k nalezení. Vycházíme zde proto z rozhovoru s R. Delgadem a J. Stefancic [34], a jeho osobní stránky na stránkách Seattle University School of Law [36]).

²⁷³ Na Poundův článek (Pound 1908) zmiňovaný v příslušné kapitole této práce Delgado odkazuje explicitně (Delgado 1997: 1121, pozn. 84).

k „bojovnému“ pojetí právnictví, v němž není moc místa pro poradenství, jednání či empatii (1124).

Druhý způsob s tím prvním souvisí. Doktrinalismus a formalismus je frustrující proto, že se snaží vměstnat mnohotvárnou lidskou zkušenost do předem existujících vědeckých kategorií – podobně jako fyzika či chemie, ačkoli zde ani zdaleka nejde o tak jednoduché a přehledné věci jako molekuly či pohyb tělesa na nakloněné rovině. Tím nastává odlidštění práva, které se projevuje jak vnitřní nespokojeností právníků samotných, tak odtažitostí vůči jejich klientům, kteří necítí „souznění“ se svým právníkem (1125-27).

Třetí souvislost míří jinam: formalismus odvádí pozornost od skutečně důležitých věcí. Delgado to ilustruje na příkladu případu *Erie v. Tompkins* [304 U.S. 64 (1938)], který je zásadním precedentem v oblasti rozdělení federální a státní soudní pravomoci. Delgado tvrdí, že tento případ sice skutečně řeší významnou otázku, věnuje se mu však příliš velká pozornost na to, jak velký reálný dopad může mít. Federální soudce totiž bude pravděpodobně běloch, zhruba 55 let, umírněný konzervativec, absolvent dobré, ne však vynikající právnické školy, v neděli hraje golf. Jeho státní protějšek bude to samé v bledě modré. A ačkoli skutečně je důležité vědět, který z nich má ve věci common law rozhodovat, přílišné zaměření na tuto stránku věci nás zaslepuje vůči jiným, důležitějším souvislostem – například právě vůči tomu, proč je tak jednoduché takto ve zkratce soudnictví popsat, neboli proč soudy nejsou ze sociálního hlediska mnohem různorodější (1130-32). V tomto bodě přímo navazuje na Kritická právní studia a jejich tezi, že je potřeba odvrátit pohled od „velkých případů“ a zaměřit se na případy běžné – v dobách změn vězí největší nebezpečí právě v tom, co nejlépe známe (1134-35).

Čtvrtý směr jeho úvah míří směrem, který je kritické rasové teorii nejvlastnější: k vlivu formalismu na ženy a menšiny. Tvrdí zde, že formalismus či doktrinalismus tím, že ve jménu neutrality práva a právní jistoty precedentu odhlíží od mimoprávních souvislostí případu, „replikuje status quo“ vzniklý v dobách, kdy ženy či menšiny byly mnohem méně významným faktorem rozhodování (1138-39).²⁷⁴

²⁷⁴ Totéž jinými slovy říká ve vztahu k americkým černochům jiná významná postava Kritické rasové teorie, harvardský profesor a aktivista Derrick Bell (1930-2011), ve své promluvě o „rasovém realismu“ (Bell 1992: 376).

Formalismus zužuje spektrum toho, co se při uplatňování právního pravidla zohledňuje – což je samozřejmě nutný a nezbytný postup. Problémem je, že se tím namnoze oslabuje postavení beztak slabší strany. Následující teze ve slovech Rodriga výstižně prezentují nejzákladnější přístup kritické rasové teorie:

„... ve společnosti jako ta naše má neutrální pravidlo, které říká ‚rasa se nepočítá,‘ tendenci zvýhodňovat bělochy. Jelikož jsou členy té více zvýhodněné rasy, té, která ovládá většinu statků, a té, jejíž historie, tradice a narativy se odrážejí v právu, zvyklostech a formě vlády, bude mít právo ignorovat rasu – bílou, hnědou či černou – tendenci zvýhodňovat je na úkor všech ostatních.“²⁷⁵

Poslední, pátý bod jeho úvah je nejvíce psychologizující, a také nejvíce zaměřen na soudobou situaci v americkém právnictví. Zmiňme proto jenom, že zde Delgado dochází k závěru, že skutečnou pomoc by přinesla jenom komplexní změna celého systému, a to již od právnického vzdělávání, jehož cena v USA neustále stoupá a nutí absolventy pracovat ve velkých právnických firmách za zcela ubíjejících podmínek „pracovního přetížení, stresu, konkurence a předčasného vyhoření“ (1145-47).²⁷⁶

Právní feminismus i kritická rasová teorie (a opět raději připomeňme, že jsme si je zde představili opravdu velice povrchně) se tak ve vztahu k formalismu shodují zejména na jednom používání tohoto pojmu: oba myšlenkové proudy jím kritizují nezohledňování „mimoprávních,“²⁷⁷ zejména pak historických hledisek v právní

²⁷⁵ Delgado umí jazyk právního myslitele přizpůsobit narativní formě velmi obstojně: „in a society like ours, a neutral rule that says ‚race doesn't count‘ tends to advantage whites. Since they are members of the more advantaged race, the one that controls most of the assets, and the one whose history, traditions, and narratives are reflected in the law, customs, and form of government, the right to ignore one's race – white, brown, or black – will tend to advantage them at the expense of all the others.“ (Delgado 1997: 1140).

²⁷⁶ Zde jenom na okraj dodejme, že za 15 let, které od vydání Delgadova článku uplynuly, se toho k lepšímu příliš mnoho nezměnilo. Pro současnou tristní situaci amerických studentů a absolventů práv viz Tamanaha 2012.

²⁷⁷ Uvozovky zde vyjadřují respekt k postojům studovaných autorů, kteří rozhodně právo neomezují na texty právních předpisů či rozhodnutí, ale naopak velmi zdůrazňují jeho obecnější rozměr. Nelze přitom rozhodně říct, že by se od tradičního pohledu na právo distancovali zcela – že

argumentaci. Formalistickým je tak jakýsi falešný pocit rovnosti, tvrzení, že pouhým nezohledňováním rasy či genderu vytvoříme v právu skutečnou rovnost. Martha Nussbaum nazývá takový formalismus povýšeným, Robert Delgado a zejména Derrick Bell by zvolili i ostřejší slova – z jejich hlediska nejde jenom o jakési povýšenectví, ale o zásadní a vlastně nepřekonatelný strukturální problém, k němuž navíc svým smířlivým postojem přispívají i představitelé a elity dotčených menšin (Bell 1992). Kromě nezohledňování „mimoprávních“ skutečností se tak i zde zdůrazňuje bytostně konzervativní charakter formalismu – nekonzervuje však již pouze hospodářskou skutečnost, ale spíše celý komplex sociálních vztahů a možností, které jsou neutrální jenom na první pohled.

„právník musí znát své řemeslo,“ to například ve svém narativu o formalismu v právu říká Delgado ústy Rodriga hned na dvou různých místech (Delgado 1997: 1119, 1138).

12. Co to tedy je, „formalismus v právu“?

Jak jsme na předchozích stránkách viděli, diskuse o pojmu „formalismus“ se prolíná celou historií právní filosofie a teorie 20. století, včetně jejích kořenů ve století předchozím a jejího pokračování ve století současném. Viděli jsme rovněž, že se většinou jednalo o nelichotivou kritickou nálepku, přičemž o pozitivní vymezení, neřku-li obhajobu něčeho, co by mohlo být obsahem tohoto pojmu, se právní akademie začala pokoušet až docela nedávno.

Pohled zvenku – Martin Stone

Docela nedávno se rovněž dostává pojmu „formalismus“ pozornosti analytického a syntetického pohledu právní akademie, zejména v souvislosti s rozbušením různých encyklopedických publikací s hvězdným autorským obsazením (zejména série *Oxford Handbooks in Law*, kde je právnímu formalismu věnována zvláštní kapitola hned ve dvou svazcích). Autor jedné z těchto statí, Martin Stone, nabízí jistou hrubou klasifikaci různých významů tohoto pojmu – ačkoli jde o klasifikaci plynoucí z diskuze, které se česká právní obec v posledních desetiletích neúčastnila téměř ani v pozici diváka, bude dobrým východiskem pro následující část této práce, která se věnuje právě významům v českém kontextu.

Martin Stone (2003: 170-171; následující seznam je pokusem o věrnou parafrázi hraničící s citací) uvádí těchto rozdílných významů sedm:

1. Nereduktivní obrana smluvní svobody a jiných principů vztahujících se k vlastnickému právu a soukromoprávní části práva pracovního;
2. Snaha o takové teoretické uchopení práva anebo o vyvození praktických důsledků z poznání práva, které se opírá o jeho „formu,“ nikoli o jeho obsah (a tedy bez ohledu na jeho historický, sociální apod. kontext);
3. Rozhodování právních případů bez ohledu na sociální politiku, resp. chápání právních pravidel bez ohledu na důvody, které za nimi stojí, resp. odmítání

pravomoci soudů činit výjimky z pravidel ve světle účelů, kterým tato pravidla slouží (shrňeme-li, jde o popírání relevance teleologického přístupu k právním pravidlům);

4. Tvrzení, že existují případy, kdy je aplikace právního pravidla zřejmá i bez *interpretace* (kurzíva MS), nebo že právo umožňuje rozhodovat některé případy bez zohlednění „politiky“ (*policy*) či „morálky“; Schauer (2008: 431) vymezuje formalismus v tomto duchu tak, že jde o praxi postupování podle prostého významu²⁷⁸ slov dokumentu i přes přesvědčivé argumenty pro jiný postup;

5. Přesvědčení o úplnosti a jednoznačnosti práva („všechny případy právo tak či onak reguluje“), nebo o tom, že soudce při rozhodování nikdy nemusí vyjít za hranice platného práva a právo tvořit;

6. Tvrzení, že platnost práva je nezávislá na jeho obsahu, nebo že právo lze identifikovat na základě jasně vymezených pramenů práva, bez zohlednění morálky či politiky;

7. Opak instrumentalismu, tedy přístupu k právu, který je považuje za nástroj (sociální či jiné) politiky.

S Frederickem Schauerem (2008: 429-30) můžeme přidat ještě jeden význam, byť je v posledku jakékoli „slovníkové definici“ tohoto pojmu, tedy jeho rozumění v běžné řeči, nejvzdálenější:

8. Zastření skutečných důvodů rozhodnutí jeho zdánlivě objektivním, mechanickým vyvozením z (textu) právních pravidel.

I zběžným pohledem zjistíme, že u sedmi Stonem uváděných významů převažují pozice právní vědy či teorie, které se jenom odvozeně mohou projevit v právní praxi, autoritativně tedy v soudním či jiném rozhodnutí. I tam, kde je na prvním místě uváděn praktický aspekt rozhodování (zejména význam třetí), je tento v konečném důsledku jenom projevem plnohodnotné právní teorie (nejvýraznější pozitivní artikulací této teorie ostatně najdeme právě v již zmiňovaném díle F. Schauera (1988)). Podívejme se nicméně na další příklady shrnujícího pohledu na tuto stoletou diskusi z nedávné doby.

²⁷⁸ Anglické „*plain meaning*“ se v posledních letech stalo u obhájců tohoto typu formalismu velmi populární variací na Hartovo „jádro,“ a to přesto, že i někteří z nich přiznávají, že „chápání jazyka ve smyslu ‚prostého významu‘ je pošetilé“ (Easterbrook 1993: 67).

Duncan Kennedy (2001), s nímž jsme se již setkali při pohledu na počátky Critical Legal Studies, jde v typologii v jistém smyslu ještě dál. Na rozdíl od Stonea nevidí pojem „formalismus“ primárně jako kategorii difamující, ale rozlišuje dvojí základní využití tohoto pojmu v právní filosofii: jako kategorii *deskriptivní* a jako kategorii *kritickou*. Zvláštní prostor pak věnuje i použití tohoto pojmu v právní sociologii, nicméně i zde rozlišuje tyto dvě polohy.

V deskriptivním smyslu může jít především o pojem v podstatě synonymní s (deskriptivním) pojmem „formálnost“ (typicky ve Weberovské sociologii studující právo jako sociální jev – Kennedy 2001: 8636). Právní systém tak může být více či méně formalistický či formální – „procesně formalistický“ je systém v té míře, v jaké podmiňuje uplatnění hmotného práva „dodržením procesních pravidel“; „transakčně formalistický“ je systém v té míře, v jaké vyžaduje pro platnost transakcí (či obecněji právních úkonů) splnění „specifických formalit“; „administrativně formalistický“ je systém v té míře, v jaké „obklopuje výkon státní moci procesními a transakčními formalitami.“ Kennedy zde identifikuje dvě dimenze formálnosti: míra přípustnosti výjimek z formálních nároků, a míra neplatnosti, která se s nesplněním formálních nároků pojí (vše 8634).²⁷⁹

Jiných deskriptivních významů pojem „formalismus“ nabývá v kontextu *interpretace* práva. Společný jim je důraz na inherentní význam právních norem, popírající relevanci mimoprávních prvků (účel, politické úvahy, osobní preference interpreta). Kennedy sem řadí textový formalismus (textualismus) přisuzující právním normám význam, který je doslovný podle kontextu v době jejich zrodu,²⁸⁰ konceptuální formalismus vytvářející obecné principy nezbytné pro vnitřní souladnost právního systému, a teorie vyvozující konkrétní právní pravidla z malé skupiny vnitřně konzistentních principů a pojmů (8634-5).

²⁷⁹ Kennedy říká doslova „stupeň absolutnosti sankce nulity za nedodržení [těchto podmínek]“ (Kennedy 2001: 8634). Doslovný překlad by tak v českém prostředí působil jako naprosté matení pojmů.

²⁸⁰ Kennedy zde odkazuje na Schauerův článek o formalismu (Schauer 1988), ačkoli určitě výraznějším (a extrémnějším) příkladem je teorie originalismu, kterou, jak jsme viděli, nejvýrazněji reprezentuje soudce Scalia (1989, 1997).

I podle Kennedyho je však formalismus především pojmem kritickým.²⁸¹ Jako takový jej dle Kennedyho vytvořili „sociologičtí právníci“ na přelomu 19. a 20. století jako reakci na pojetí hlavního proudu právní teorie 19. století, které označuje jako „teorii vůle“: tedy přístup, dle něhož je hlavním úkolem vlády a právního řádu pomáhat jednotlivcům uskutečňovat jejich vůli. Kromě individualistických premis této teorie kritizovali také její metodiku, a to kvůli nadužívání dedukce, tedy deduktivního zdůvodňování interpretací, které ve skutečnosti logickou determinaci postrádaly, jakož i kvůli postulování koherentního právního řádu bez mezer.

Nehledě na to, nakolik byla tato charakteristika přiléhavá, přinesla tato kritika podle Kennedyho výraznou proměnu hlavního proudu právního myšlení, jakkoli se tematicky podobné spory opakovaly po celé 20. století. Kennedy zejména připomíná, že jako „formalistické“ se dočkaly kritiky zcela protichůdné tendence či názory: počátkem století byl Nejvyšší soud USA kritizován za formalistické zneužívání dedukce z ústavních majetkových a smluvních práv, Warrenův progresivní soud v polovině století byl naopak kritizován za formalistické zneužívání dedukce z ústavních osobnostních práv; v námi citované diskusi mezi Hartem a Fullerem lze Fullera obvinít z formalismu proto, že věřil v právní řád bez mezer, a Harta proto, že věřil v existenci jednoduchých případů s opravdovou aplikací norem pouze na základě jejich jazykového významu (8635-6).²⁸²

Evropský pohled – François Terré

Odlišný a veskrze evropský pohled na formalismus nabízí francouzská právní věda. Ve svém Obecném úvodu do práva F. Terré používá pojem „formalismus“ čistě deskriptivně (jako využívání formalit) a připomíná jeho ochrannou funkci: v 19.

²⁸¹ Hned na úvod své statě Kennedy ukazuje vazbu tohoto pojmu na moderní kritiku dvou historických jevů – tzv. primitivního formalismu (tedy rozhodování na základě ordálů a jiných prostředků považovaných za iracionální) a tzv. formulového procesu, jak jej známe z římského či středověkého anglického práva (Kennedy 2001: 8634). Jelikož však kromě historických kořenů nemají tyto jevy pro moderní diskusi o formalismu valný vliv, dále se jim již nevěnuje. Ze stejného důvodu se jim v této práci nevěnujeme také my.

²⁸² Kennedy dokonce tyto nařčení připisuje samotným účastníkům debaty, tedy Hartovi a Fullerovi. Je možné, že v neformální rovině taková nařčení z jejich úst zazněla, ve vlastních textech tvořících onu diskusi se však její přímí aktéři takto explicitnímu střetu vyhýbají.

století se podle něj „odůvodňoval především ochranou autora aktu,“ přičemž při jakési „renesanci“ formalismu, kterou pozoruje ve století dvacátém, se tento ochranný prvek rozšiřuje i do jiných oblastí, jako jsou ochrana spotřebitelů, ochrana vkladů a úvěrů či obchodněprávní a investiční právní předpisy (Terré 1995: 271). Terré svou tezi příliš nerozvádí, pouze ji ilustruje na příkladech nových případů formalit ve francouzském občanském právu, a ta tak zůstává pouze na úrovni jakéhosi dílčího postřehu. Postřeh je to však významný: jak jsme již naznačili a jak se ještě ukáže v závěrečné, analytické části této práce, ochranná funkce formality a formalismu v právu sice nepatřila mezi nosné prvky diskuse, kterou jsme zde sledovali, o to významněji však do fungování právních institucí mohla zasahovat. Je totiž odrazem něčeho, co je právu bytostně vlastní, co jej v jistém smyslu přímo ustavuje: je odrazem omezení moci, přičemž právě tato mez může být někdy také ochrannou hradbou.

Tímto shrnujícím pohledem naše představení historie diskuse o formalismu v právu končí. Jak jsme naznačili již na začátku, je tato diskuse pro pohled na formalismus v právu v českém kontextu spíše inspirací než nutným předpokladem, současně však bylo takto rozsáhlé představení historie právní teorie optikou této diskuse nezbytné, má-li být následný lokální pohled důsledně teoreticky ukotven. Na situaci v českém prostředí se podíváme v následující části, která odhalí jak hlubokou průrvu oddělující českou a světovou (či „západní“) právní vědu, tak její jenom pozvolné překlenování v posledních letech, jehož součástí má ambici být i tato práce.

II. Formalismus v českém prostředí

13. Ohlasy zahraniční diskuse – od Kallaba po Urfuse

Diskuse o formalismu, jejíž vývoj v západních demokraciích jsme sledovali v první části této práce, se v českém prostředí projevila pouze v náznaku. Důvodem byla jednak faktická izolace českého (a československého) právněvědeckého prostředí od soudobé západní právní vědy po celé poválečné období, jednak i specifická situace české a československé právní vědy samotné v období meziválečném.

Jak jsme nicméně již uvedli, i americký právní realismus jakožto hlavní nositel „revolty“ proti formalismu v právu se inspiroval také evropskými motivy, zejména pak (německým) volnoprávním hnutím, teoriemi F. Géného ve Francii a právní sociologií M. Webera. Rovněž jsme zmínili, že s vystoupením amerického právního realismu se svým významem může ve středoevropském prostoru nejvíce srovnávat jiné kritické hnutí, a to Kelsenův a Weyrův právní normativismus – jeho vstup do diskuse o formalismu jsme si však již dostatečně předvedli podrobným popisem Kelsenova článku (ve Weyrově překladu) věnovaného tomuto tématu.

V této kapitole se proto podíváme jinam – a to právě na ty drobné projevy komunikace s onou diskusí, které lze v českém a československém právněvědeckém prostředí najít. Nejvýznamnějším vodítek nám bude časopis *Právník* jakožto nejvýznamnější právněvědecké periodikum vycházející v českém a československém prostředí v období let 1910-1990, na které zde zaměřujeme svůj pohled.²⁸³

²⁸³ Kromě těžko zpochybnitelného významu časopisu *Právník* byla dalším důvodem pro výběr právě tohoto periodika snadná dostupnost jeho svázaných ročníků v knihovně Právnické fakulty Univerzity Karlovy, a také to, že tyto svazky obvykle obsahují přehledný obsah celého ročníku, v němž lze tematicky zajímavé články podle názvu relativně snadno nalézt. Největší potíže z tohoto hlediska přinesly recenze z počátku jejich výskytu v časopise *Právník* v polovině 60. let, které jsou v obsahu uvedeny pouze souhrnně. Metoda tohoto zkoumání byla prostá: autor této práce postupně v obsazích jednotlivých ročníků *Právníka* vyhledával články, které se podle svého názvu (případně i podle svého autora) mohly k diskusi o formalismu v právu vztahovat, a následně v nalezených člancích hledal, zda a nakolik byl prvotní dojem správný. Vyhledávání článků pak

Začít přitom musíme již v roce 1917, kdy profesoru Kallabovi vychází v časopise *Právnick* obsáhlá studie o nových směrech v metodologii právní praxe (Kallab 1917). Zde identifikuje „víru v právotvorný monopol státu“ a z ní odvozenou „víru v úplnost a jednotnost právního řádu zákonného“ jako dědictví osvícenského myšlení, přičemž tato víra se ve státech vycházejících z osvícenských myšlenek stala „charakteristickým rysem právnictví v celém XIX. století,“ ačkoli nejde o inherentní vlastnost právního řádu, ale o historicky podmíněný jev (499-500). Důsledkem této víry pak byla „pojmová jurisprudence,“ kterou „tak účinně“ karikoval Jhering ve svém (nám již známém) nebi právních pojmů (502-3).

Ve druhé části svého článku Kallab uvádí, že předpoklad právotvorného monopolu státu je neudržitelný a zákon není jediným pramenem práva, přičemž podnět k těmto tezím připisuje F. Génymu (531), a podrobněji se věnuje E. Ehrlichovi a jeho tezi, že „právo, podle něhož skutečně žijeme, jest podstatně rozdílné od toho, podle něhož se soudí,“ i obecně volnoprávnímu hnutí, které v té době zažívalo svůj rozmach (533-4) – konstatuje ale, že „empirické, deskriptivní poslání právní vědy,“ které volnoprávnímu směru připisuje, „vede nutně do slepé uličky“ (535).²⁸⁴ V závěrečné části svého článku se pak věnuje zájmové jurisprudenci a zejména teleologické jurisprudenci, kterou spojuje s G. Radbruchem a jeho raním dílem, které ovšem také vedou z metodologického hlediska do slepé uličky (561-4). Vysvobození z tohoto zmaru nachází Kallab opět u Géného, u něhož nachází předpoklad uplatňování nejrůznějších schopností a metod kolem osy tvořené myšlenkou spravedlnosti a účelnosti (567-8).

K tomuto tématu se Kallab po několika letech vrátil i monograficky, a to ve druhém svazku svého Úvodu ve studium metod právnických (Kallab 1921). Příznačné přitom je, že ačkoli tato monografie budí spíše dojem učebnice, uplatňuje

nakonec zabralo téměř více času, než jejich vlastní čtení, jelikož vazba na západní diskusi zde vsutku takřka neexistovala.

²⁸⁴ Z významnějších českých reakcí na volnoprávní hnutí lze uvést i drobnou zmínku ve Weyrově *Základech filosofie právní*, kde této škole připisuje radikálně přirozenoprávní stanovisko (Weyr 1920: 88), aniž by tuto svou tezi dále rozvedl. V témže spise se pak Weyr také vyrovnává s nařčením z „formalismu,“ které (podobně jako později Kelsen) vztahuje na to, že jediným záměrem (ryzí) právní vědy v jeho pojetí je poznávání práva (Weyr 1920: 102).

zde Kallab ještě více než v předchozím článku polemickou kritiku, s níž se s představovanými metodickým směry vyrovnává. Kromě jasného oddělení myšlení F. Géného (216an.) od volnoprávních směrů (186an.) je tak na tomto jeho díle nejvýznamnější právě jeho polemický charakter, který lze považovat za významnou příčinu toho, že nevedlo k výraznějšímu průniku myšlenek, jimiž se zde zabývá, do povědomí české a československé obecné právní vědy.²⁸⁵

Meziválečné období bylo v českém právněvědeckém prostředí vyplněno legendárním²⁸⁶ sporem mezi brněnskými normativisty a pražskými pozitivisty. Do námi sledované diskuse tento spor zasáhl především zveřejněním překladu Kelsenovy statě, které jsme se již věnovali v první části této práce. Zde proto již jenom odkážeme na přehlednou studii Pavla Maršálka z nedávné doby (Maršálek 2010: 66an.) a zdůrazníme, že výtky formalismu ve smyslu odtržení od reality²⁸⁷ byla vůči Weyrovskému normativismu mnohem více přiléhavá než vůči ryzí nauce právní H. Kelsena. Na rozdíl od něj se totiž brněnští učenci mnohem více snažili o provázání svého teoretického přístupu s praxí, takže ani „Grundnorm“ (Weyr používá spíše pojem „*Ursprungsnorm*“ (Weyr 1936: 96) nebo „*Unorm*“ (Weyr 1936: 135) čili „pranorma“ – viz Weyr 1946: 54) v jejich pojetí nebyla fikce přirozenoprávní povahy, ale spíše reálná základní norma státu (srov. Weyrův příklad in Weyr 1946: 55). Zmiňme také ještě, že ani pražský meziválečný pozitivismus nebyl dle Maršálka oním reduktivním zákonným pozitivismem, jak o něm později píše Z. Kühn, ale metodicky mnohem bohatší přístup: u civilisty Krčmáře lze například nalézt uznání role judikatury, která obaluje zákon a roste s jeho stářím – tedy jakousi

²⁸⁵ Důkazem budiž, že na Kallabův článek z roku 1917 nenavázal v celém meziválečném období na stránkách *Právnicka* žádný další článek z jeho či cizího pera, který by se vývoji (zahraniční) právní teorie věnoval.

²⁸⁶ Tento spor je skutečně legendou i v tom smyslu, že není snadné nalézt k němu jasnou písemnou dokumentaci – např. na stránkách *Právnicka* lze v roce 1929 nalézt reakci J. Havelky na Weyrův brněnský článek o právním řízení, a následnou reakci J. Kallaba, ne však příliš více; dokladem ostrých sporů může být i autorova předmluva k Weyrově *Základům filosofie právní* a tamní postesky, že „bylo pro slavnou Akademii velmi těžko, udělit cenu práci mé, když byla zároveň udělila cenu druhé práci konkurenční“ – tedy práci pražského profesora Hoetzla (Weyr 1920: 2; ceny byly vypsány dvě, ze dvou došlých prací však byla oceněna pouze Hoetzlova, Weyrův spis byl vyloučen pro nesplnění podmínek soutěže). Přesto se o tomto sporu dozví během svých studií každý vnímavější student (ze zkušeností autora přinejmenším pražské) právnické fakulty.

²⁸⁷ Srov. Maršálkem zmiňované „bizarně působící pojmové fantazie, které bez jakékoli předlohy vytvářel F. Rouček“ (Maršálek 2010: 69).

fundamentální verzi propracovanějšího učení o pramenech práva (srov. Maršálek 2010: 70).

Česká meziválečná právní sociologie

Do značné míry mimo hlavní proud české a československé meziválečné právní vědy zůstávaly jiné přístupy odpovídající zahraničnímu vývoji v právní vědě. Sociologické přístupy k právu se v českém prostředí začaly objevovat již na přelomu 19. a 20. století, spíše než ze zahraničí však čerpaly svou sociologickou inspiraci od prof. T. G. Masaryka (Večeřa a Urbanová 2011: 57), ze zahraničních vlivů pak byl významnější obecný sociolog Durkheim než Weber nebo Ehrlich (Příbáň 1996: 103, 105). Nejvýznamnějším představitelem české meziválečné sociologie práva pak byl Masarykův žák a advokát E. Chalupný, „svérázná osobnost trvale žijící a působící v jihočeském Táboře“ (Večeřa a Urbanová 2011: 60), který do svého sociologického díla vnášel pohledy a zkušenosti praktikujícího právníka.²⁸⁸

Pro dokreslení situace sociologie práva v meziválečném Československu pak jenom dodejme informaci o brněnské právní sociologii. Jejím zakladatelem a druhým nejvýznamnějším československým právním sociologem té doby byl I. A. Bláha, jehož stěžejní dílo *Sociologie*, v němž čerpá z literatury do roku 1939 a které i Příbáň řadí mezi meziválečná díla, vyšlo (s úvodem datovaným rokem 1958) až 8 let po autorově smrti, tedy v roce 1968 (Příbáň 1996: 105-6). Přitom osud jejich asi jediného významného přímého pokračovatele V. Kubeše byl podobný – ve svých 40 letech se v roce 1948 stal profesorem v Brně, načež mu ale bylo zakázáno pedagogicky působit, a to až do rehabilitace v letech 1968-9, přičemž poté bylo jeho působení ukončeno normalizací a předčasným penzionováním (Večeřa a Urbanová 2011: 65). Ačkoli tak v jeho (posmrtně vydaném) díle lze nalézt vliv Ehrliche a snahu o navázání na jeho dílo zaměřené na „živé právo“ (Večeřa a Urbanová 2011: 67-9),

²⁸⁸ Chalupný například tvrdí, že většina jevů v právu (v trestním asi 65%, v občanském asi 75% a ve správním přes 90%) má a-morální povahu, tedy nejsou mravní ani nemravní (Příbáň 1996: 104, Večeřa a Urbanová 2011: 61). Podrobněji se životu a dílu E. Chalupného (byť spíše v obecně sociologické rovině) věnuje Zdeněk R. Nešpor (Nešpor 2011: 83an.), a to včetně vskutku „svérázných“ rysů této významné postavy české sociologie. Nutno též dodat, že i advokátní praxi se Chalupný věnoval sice celý život, ale pouze okrajově, bez větších finančních či společenských úspěchů (Nešpor 2011: 84, 89).

jen s velkými výhradami je lze označit za součást české a československé právněvědecké diskuse a jen stěží je lze mít za relevantní pro diskusi o formalismu, kterou se zde snažíme sledovat.

Shrneme-li to aforisticky, byli osou české právní sociologie po převážnou část 20. století svérázný tábořský advokát a brněnský profesor, jehož stěžejní dílo vyšlo knižně až desítky let po svém vzniku, a pak jejich žák, který záhy po vstupu do akademické obce přestal mít možnost v ní aktivně působit. Tento trpký příběh dobře ilustruje marginální význam sociologie práva v české právní vědě 20. století²⁸⁹ – a to přesto, že význam obecné sociologie byl v meziválečném Československu (i krátce po válce, až do její likvidace jakožto „měšťácké pavědy“ – srov. Nešpor 2011: 223an.) značný, až prominentní.²⁹⁰

Nástup marxistické právní vědy

Po Druhé světové válce se nicméně situace stran poměru české právní vědy k zahraniční diskusi o formalismu, kterou jsme sledovali v první části této práce, ještě výrazně zhoršila. Nejenže se vytratily i náznaky zájmu o vstup do této diskuse či její sledování – záhy po únorovém převratu²⁹¹ se vztah k „buržoazní teorii práva“ změnil (alespoň navenek) v otevřenou nepřítelství. Snad aby přisvědčil obavám, které o deset let dříve umlčely americký právní realismus, vydal v roce 1946 jeden z mála

²⁸⁹ Sluší se nicméně dodat, že sociologizující přístupy se i v poválečném Československu v právní vědě objevovaly, ačkoli spíše v podobě svébytných právněteoretických přístupů – lze zmínit dílo F. Šamalíka nebo sporadické články V. Cepla. Významnou výjimkou je kromě Šamalíkovy monografie *Právo a společnost* z roku 1965 překlad *Sociologie práva* od A. Podgóreckého (v Polsku má sociologie práva mnohem pevnější tradici), který vyšel v roce 1966 (Příbáň 1996: 109-10). K podobným závěrům ostatně dochází i Pavel Maršálek (2008: 184-5), který navíc zdůrazňuje, že i tyto pokusy o sociologizující přístupy k právní vědě zůstávaly v područí komunistických dogmat.

²⁹⁰ Připomeňme jenom, že se sociologií byla bytostně spjata odbornost obou prvních prezidentů republiky – T. G. Masaryk byl sice formálně profesorem filosofie, jeho dílo však mělo výrazné sociologické rysy a bývá považován za zakladatele české sociologie, E. Beneš byl (byť spíše jenom formálně) také profesorem sociologie (Nešpor 2011: 9). Zdeněk R. Nešpor tak neváhal nazvat svou monografii věnovanou právě tomuto období dějin české sociologie *Republika sociologů*, v nadsázce menší, než by se na první pohled zdálo (Nešpor 2011).

²⁹¹ Jedním z posledních záchvěvů normalnosti je Tomsa příručka k metodice právní vědy (Tomsa 1946), v níž autor různé metodické přístupy právní vědy nejenom systematizuje, ale vlastně také představuje. Z rozsahu i tónu příručky je ale zjevné, že její ambicí bylo právněvědeckou diskusi, nebo snad přesněji pluralitu, uchopit spíše v rovině pedagogické než vědecky kritické.

komunistických profesorů bezprostředně poválečné pražské právnické fakulty Václav Vaněček brožuru hlásající velmi realisticky znějící teze – právo je více, než pouhý zákon; právo nenajdeme v knihách a kodexech, ale v myslích lidí; platnost není formální vlastností právních předpisů, ale funkce jejich reálné působnosti ve společnosti – aby je nakonec v očích kriticky smýšlejícího čtenářstva proklel tím, že za vyšší korektiv práva prohlásil nikoli mravnost či spravedlnost, ale program Národní fronty. Reakce právnické obce byla zděšeně odmítavá (Maršálek 2004: 34).

Připomíná-li však Pavel Maršálek ve své studii i další, zde již zcela ostudnou Vaněčkovu knihu z roku 1953 (Maršálek 2010: 65), nelze v této souvislosti nezmínit přinejmenším stejně hanebnou stať J. Boguszaka a Z. Jičínského z roku 1952, otištěnou v Právníkovi pod názvem *Marasmus soudobé buržoasní teorie státu a práva* s podtitulem *Boj sovětské vědy proti ideologickým zbrojnošům imperialismu* (Boguszak a Jičínský 1952). V naprostém rozporu se svým pozdějším, vědecky erudovaným dílem zde tito začínající vědci²⁹² dští oheň a síru na západní právní vědu, na kterou navíc odkazují spíše málo a takřka vždy zprostředkovaně přes díla sovětských učenců.²⁹³ Z myslitelů zmiňovaných v této práci zde ovšem nalezneme jenom H. Kelsena, a to na jediném místě.

Účelem předchozího odstavce nebylo nasadit pomocí 60 let staré studentské práce psí hlavu myslitelům a učencům, kteří svou odbornou erudici posléze prokázali svým rozsáhlým životním dílem,²⁹⁴ ale spíše ilustrovat polohu, do jaké se zdejší právněteoretická diskuse s okolním světem posunula, nebo spíše zřítla.

Poválečná česká právní věda

Výrazný obrat přitom nenastal ani po skončení stalinského teroru. Sledujeme-li vývoj české právní vědy prostřednictvím časopisu *Právník*, narazíme ještě v roce

²⁹² J. Boguszak ukončil právnická studia v roce 1950 a v době vydání tohoto článku mu bylo 25, Z. Jičínský dostudoval v roce 1952 a bylo mu 23 let.

²⁹³ To platí o takřka všech citacích západních myslitelů, jedinou výjimkou je odkaz na český překlad statě J.-P. Sartra *Existencialismus je humanismus*.

²⁹⁴ Nechceme se zde pouštět do jeho hodnocení a srovnávání s díly západních, ale i polských či maďarských právních vědců. Zcela nepochybně zde měla zásadní vliv skutečnost násilného přerování intelektuálních vazeb na okolní (západní) svět, přičemž právě tato skutečnost současně jakékoliv poctivé srovnávání prakticky znemožňuje.

1958 na představení teorií právního realismu z pera J. Čapka (Čapek 1958) – stať zaměřenou částečně právněteoreticky, částečně historicky, jejímž nejnovějším zdrojem je anglická učebnice z roku 1949 –, pak se ale pohled od západní diskuse na dlouho definitivně odvrátí. Jenom náznakem změn je série anotací západních knih z pera I. Bystřiny v ročníku CIV (1965) – mimo jiné zde uvádí i reedici Frankovy knihy *Law and the Modern Mind* (str. 755-6) či druhé vydání Kelsenovy knihy *Reine Rechtslehre* (str. 867). Hartův *Pojem práva* se recenze dočkal až po své druhé reedici, v roce 1968 (roč. CVII) z pera Martina Roka (str. 171-3), i tato recenze je ale spíše delší anotací než jakýmkoli zhodnocením tohoto díla.

Druhé vydání Fullerovy *Morálky práva* se své recenze dostalo o poznání dříve – v roce 1970 (roč. CIX), tedy jenom rok poté, co toto vydání vyšlo, jej recenzuje Zdeněk Masopust (str. 1148-1151). Zde již jde o opravdovou kritickou recenzi, jejíž ambicí však samozřejmě není vstupovat do diskuse, které je Fullerova knížka součástí, ale spíše na tuto diskusi zdejší čtenáře upozornit. Masopustovu záslužnou snahu však zcela překazil nástup normalizace, který z výzvy ke studiu Fullerova díla (1151) učinil v podstatě bláhovou pošetilost.²⁹⁵ Nejbližším dalším článkem věnovaným západní právní teorii, který stojí za zmínku, je tak poznámka Valentina Urfuse k právní hermeneutice, která vyšla na konci roku 1986 (Urfus 1986).²⁹⁶

²⁹⁵ Již o dva roky později ostatně sám Masopust publikuje podivný článek o americké politologii (Masopust 1972), kde cituje dva (sic!) americké politology, navíc oba jako „příklad namátkou“ (630, 632). A i Vojtěch Cepl, kterého z jakékoli inklinace k marxismu asi nelze podezírat, odkazuje ve své krátké studii o pojmu „efektivnosti“ právních norem spíše na sovětské a „socialistické“ (zejména polské) autory než na autory západní (Cepl 1973).

Samostatnou kapitolou jsou pak práce jiných akademických hvězd této doby: Knapp například publikuje studii o francouzské právní sociologii v podání jejího stěžejního poválečného představitele J. Carbonniera (Knapp 1974), v níž nemá vůbec ambici toto dílo českému a československému čtenáři představit a vybídnout jej k jeho studiu, ale spíše naopak – zdrcující a bezohlednou kritikou jeho „antimarxistických“ základů chce zjevně čtenáře od Carbonnierovy sociologie práva odradit. Carbonnierova *Právní sociologie* (Carbonnier 1978), která poprvé vyšla o čtyři roky později, je přitom dodnes velmi přehledným a spíše konzervativním úvodem do sociologie práva.

²⁹⁶ Kromě takřka naprosté absence poznámkového aparátu (jediná dlouhá poznámka pod čarou, ne však jakási „shrnující“ připojena k nadpisu článku, ale běžná poznámka pod čarou umístěna na konec druhého odstavce vlastního textu) zaujme čtenáře poučeného předchozím studiem socialistické právní vědy zejména také naprostá absence jakéhokoli povinného úklonu straně a marx-leninské ideologii, kterým jinak začínaly téměř všechny vědecké články té doby.

Ohlédneme-li od chybějícího mezinárodního kontextu,²⁹⁷ nalezneme v české poválečné právní teorii spíše než cokoli jiného²⁹⁸ dozvuky meziválečné diskuse – letech 1964-6 tak na stránkách *Právníka* diskutuje J. Krecht s O. Weinbergem o sankční teorii norem, Weinberger až do své emigrace pravidelně publikuje práce o normativním charakteru práva a právní logice, na podobná témata pak i za normalizace publikují jak Krecht, tak B. Peklo. I mladší generace právních vědců se ve své publikační činnosti omezuje na zkoumání normativního charakteru práva a právní logiky, popřípadě na obecnější témata metod právní vědy (v 80. letech na tato témata publikují A. Gerloch, P. Holländer či F. Novák) bez zásadnější vazby na zahraniční právní vědu.²⁹⁹ Až koncem 80. let se v *Právníkovi* začíná objevovat řada studií věnovaných efektivnosti právní regulace, ačkoli pojem „efektivnosti“ do zdejší právní vědy zavedl svým krátkým článkem (a bez vazby na „*efficiency*“ americké Ekonomické analýzy práva) již počátkem 70. let Vojtěch Cepl (Cepl 1973).³⁰⁰

Lze tak shrnout, že česká (a československá) právní věda vývoj západní právní vědy a její diskuse o formalismu v právu sledovala jenom v malé míře a jaksi „zpovzdálí,“ a to již v meziválečném období. Po nástupu komunistické strany k moci se tato odtažitost ještě prohloubila, a nic zásadního na tom nezměnilo ani dočasné

²⁹⁷ Ten však v české a československé poválečné právní vědě nescházel zcela, a to ani ve vztahu k západním zemím. Omezoval se však spíše na právní komparatistiku, a to jak v oblasti její metodiky a metodologie (např. Knapp, Boguszak), tak v oblasti vlastních komparatistických studií (např. Blahož, Peška).

²⁹⁸ Odhlížíme zcela od statí, které nelze ani při nejlepší vůli nazvat jinak než ideologické žvásty. Výše uvedený článek Boguszaka a Jičínského budiž jejich příkladem – zdaleka ne ojedinělým, a to i po smrti Stalina a Gottwalda.

²⁹⁹ Záměrně a zcela zde pomíjíme odkazy na právní vědu sovětskou – i letmý pohled do krátké stati V. Knappa a Z. Masopusta na toto téma (Knapp a Masopust 1985) podá zřetelný důkaz o vskutku omezené „přínosnosti“ sovětské právní vědy v tomto ohledu.

Jenom na okraj zde uveďme, že tento krátký článek psaný ve spoluautorství s V. Knappem je od recenze Fullerovy knihy prvním Masopustovým článkem na téma právní teorie na stránkách *Právníka* – publikoval zde sice pravidelně, ovšem pouze na témata politologická. Diskuse se západní právní vědou se tak neuskutečňovala ani jeho prostřednictvím.

³⁰⁰ Jenom pro úplnost dodejme, že jeho záměrem bylo spíše přeskupit pojmový aparát, jelikož českému jazyku přiměřenější překlad anglického „*effectiveness*“ – tedy „účinnost“ – se v českém právním pojmosloví tradičně používá pro zcela jinou kategorii. Pojem „*efficiency*“ zde pak překládá jako „ekonomičnost,“ kterou považuje (spolu s účelností a prospěšností) za jednu ze složek účinnosti ve smyslu efektivity.

uvolnění poměrů kolem roku 1968. Česká právní věda, přesněji řečeno její právněteoretická část, se zaměřila na rozvoj svých ideologicky „neškodných“ tradic, tedy zejména na pojem normy a normativní charakter právní regulace či právní logiku. Diskuse se západními kolegy tak čekala na svobodnou dobu.

14. Zdeněk Kühn a ideologie vázané aplikace práva

Jak uvidíme v kapitole věnované používání pojmu „formalismus“ českými soudy, vyskytuje se tento pojem v českých soudních rozhodnutích přinejmenším od roku 1995, kdy jej poprvé použil Ústavní soud. Již tato elementární empirická sonda nicméně přinesla rovněž dva jiné zásadní poznatky: jednak ten, že tento pojem nabývá v řeči českých soudů velmi různorodých významů a používá se v rozmanitých kontextech, jednak ten, že cosi nazývané „formalismem“ je vnímáno jako neduh českých soudů a jiných orgánů aplikujících právo, který je potřeba řešit. Nejvýraznějším projevem reflexe této skutečnosti v dosavadní porevoluční české právní vědě je pak dílo Zdeňka Kühna zaměřené na interpretaci a aplikaci práva.

Aplikace práva ve složitých případech

S kritickým hodnocením formalismu v interpretaci a aplikaci práva vystoupil Kühn již ve své disertační práci (Kühn 2002), a to především v kapitole věnované srovnání základních modelů soudcovské argumentace, která tuto práci uzavírá. Kühn zde v návaznosti na dílo polského právního teoretika J. Wróblewského jako významný komparativní faktor popisuje tenzi mezi formalistickým a antiformalistickým postojem k právu:

„Formalistický postoj k interpretaci práva lze charakterizovat tak (zejména s ohledem na sofistikovanost postoje interpreta), že právní interpretace je pokládána za logický proces, tj. má sama logickou formu nebo pravidla interpretace mají logický charakter, výsledky interpretace mají poměrně velkou míru určitosti a proces interpretace může být kontrolován téměř výlučně logickými nebo kvazilogickými pravidly. Naopak antiformalistický postoj akcentuje skutečnost, že interpretace nemá výlučně logickou podobu a tedy ani výlučně logickou formu, interpretační pravidla nemají logický charakter a je tedy nutno (pro

aplikaci práva ve složitých případech) explicitě volit argumenty přesahující interpretační aparát zákona, popřípadě standardní interpretační pravidla. Interpret následně užívá právní principy, různé extralegální standardy, hodnotové úvahy apod.“ (Kühn 2002: 347-8)

Formalistický přístup tak spojuje s deduktivním a logickým popisem aplikace práva a popřením hodnotové podstaty „složitých případů aplikace práva,“ přičemž je podle něj „historicky typický pro styl kontinentálního soudního rozhodnutí,“ zatímco antiformalistický přístup spojuje se systémem common law (348). V následném komparatistickém popisu pak tuto tenzi popisuje (také) pomocí četnosti „užívání formálních (institucionalizovaných) argumentů“ vyplývajících z autoritativních, tedy institucionalizovaných pramenů práva,³⁰¹ a „nezávislých (neinstitucionalizovaných) hodnotových argumentů a extralegálních principů“ bez přímé opory v autoritativním prameni práva (367).

Na rozhodnutích českých soudů pak kritizuje legalistickou argumentaci, která „sice na první pohled umožňuje podporovat ideál logického, bezrozporného a všeřešícího právního systému,“ ve složitějších případech však „není dostatečně přesvědčivá, neboť skutečné úvahy soudce jsou v ní navenek nevyjádřeny,“ a navíc „má velmi blízko právnímu formalismu, který soudci sice jeho práci zjednodušuje, velmi často ale vede k nesprávnému (a nespravedlivému) výkladu práva,“ přičemž v kritice „přepjatého formalismu“ Kühn s Ústavním soudem (a nejen s ním) v tomto smyslu souhlasí (373). Svůj vlastní pohled na tuto problematiku pak formuluje těmito slovy:

„Jsem přesvědčen, že rozšíření pojmu práva o právní principy, precedenty a další standardy a elementy ukazuje na podstatu práva, které nepůsobí toliko v dimenzích platnosti a neplatnosti, závaznosti a nezávaznosti, normativní síly a normativní irelevance, ale je širokým kontinuem, kde jsou tyto fenomény spojeny s řadou vzájemných vztahů,

³⁰¹ Mezi ně se kromě právních předpisů a precedentů (jsou-li závazné) řadí také „právní doktrínou akceptovaná interpretační pravidla, logika relevantních právních pojmů, legislativní materiály“ (Kühn 2002: 367).

mají určité stupně síly a významu a fungují tak mnohem komplexnějším a složitějším způsobem, než klasická (ve své podstatě exegetická) doktrína předpokládá.“ (Kühn 2002: 378)

Při Kühnově kritickém popisu formalismu v právu je potřeba se již na tomto místě zastavit. Jak je totiž z předchozích odstavců patrné, snaží se vyhnout nadužívání tohoto pojmu, přičemž se mu ve svém střídavém užívání snaží vtisknout jasný obsah. Tato skutečnost zvláště vynikne při srovnání finální knižní verze citované kapitoly jeho disertace s její rozsáhlejší časopiseckou verzí, publikovanou v časopise *Právnický* již o rok dříve (Kühn 2001). Zde pojem „formalismus“ nepoužívá takřka vůbec, naopak se důsledněji drží Wróblewského kategorizace a mluví o „ideologii vázané soudcovské aplikace práva“ (Kühn 2001: 345).

Ideologie aplikace práva

Tento obezřetný přístup a inspiraci Wróblewskim pak dále rozvádí ve své habilitační práci (Kühn 2005), z hlediska teorie pak zejména na jejím začátku. Zde zdůrazňuje, že soudcovská aplikace práva není cosi, co by jaksi viselo ve vzduchoprázdnu. Naopak, je závislá na obecně akceptovaných vyprávěních o povaze soudcovské práce, jejichž obsah je vyplňován „soudcovskou ideologií aplikace práva.“ Ta je tvořena „komplexními vztahy“ právní doktríny, politické rétoriky, očekávání právní komunity i společnosti a autoreflexe samotných soudců, a určuje „ideální roli soudce“ ve společnosti i v procesu tvorby a aplikace práva, jakož i to, které metody výkladu práva soudci lze považovat za „patřičné“ (Kühn 2005: 1).

Ideologii vázané aplikace práva pak představuje jako jeden z pólů, mezi nimiž se právní teorie a filosofie neustále pohybuje (2), přičemž právní doktrína není v tomto směru pouze popisná, ale nutně také preskriptivní, jelikož svým popisem soudcovského chování spoluutváří jeho ideální obraz (3). Formalismus práva v tomto kontextu souvisí s právně pozitivistickou filosofií, která tvoří základní kameny ideologie vázané aplikace práva (4). Jejím protikladem přitom není přirozenoprávní přístup, který se ostatně od pozitivismu liší spíše v předpokladech platnosti práva než v oblasti přístupu k jeho aplikaci, přičemž současný hlavní proud právní teorie

(včetně jejích otevřeně pozitivistických představitelů) se nachází kdesi mezi oběma historicky vyhraněnými postoji (16-18).³⁰² Protikladem k právnímu pozitivismu a ideologii vázané aplikace práva jsou dle Kühna spíše různé „realistické“ směry, jak jsme si je představili v první části této práce (2), a s nimi související ideologie volné aplikace práva a antiformalismus.

Kühn přitom formalismus práva chápe ve Weberově smyslu jako výdobytek moderní racionalizace umožňující určitou mechanizaci fungování právního systému. Chápe jej tedy jako jistou kvalitu, kterou lze dosahovat ve větší či menší míře na kontinuu mezi extrémním formalismem a extrémním antiformalismem, které oba odmítá (5-6). Orientačním rozlišovacím kritériem je pro něj přístup k tzv. jednoduchým případům: oba extrémy mezi nimi nečiní rozdíl, přičemž přístup formalistický „zachází i se složitými tak, jako by snad i ty byly jednoduše řešitelné mechanickým způsobem na základě platných norem,“³⁰³ zatímco přístup antiformalistický zase tvrdí, že neexistují žádné jednoduché případy, přičemž „text právního předpisu nebude nikdy pro radikálního antiformalistu faktorem, který by kauzu sám rozhodl“ (7).³⁰⁴

Jako pragmaticky náležitější pak představuje přístup umírněného (anti)formalisty, který uznává existenci jednoduchých případů, „které je *vhodné* rozhodnout formalisticky“ (7, kurzíva PB), a současně případů složitých, u kterých neexistuje jediné možné řešení, lze ale nalézt to nejlepší možné – a tudíž jediné *správné*. Kühn pak uvádí i několik specifických formalistických přístupů (8): soudce „zdánlivý formalista“ si je vědom toho, že formalistický přístup nefunguje, přesto

³⁰² To je ostatně jeden z důvodů, proč se přirozenoprávními teoriemi v této práci takřka nevěnujeme – do diskuse o formalismu v právu zkrátka takřka nezasáhly.

³⁰³ Kühn dodává ostře: „Formalismus je postaven na teorii jednoduchých případů, neboť jen v těchto případech ideologie vázané aplikace práva vskutku vypovídá alespoň něco o realitě života práva.“ (Kühn 2005: 7).

³⁰⁴ Toto příkré tvrzení následně Kühn oslabuje s tím, že „v jistém smyslu“ má takto antiformalistický soudce pravdu, protože již označení případu za složitý si vyžaduje hodnotovou úvahu nad rámcem prosté subsumpce (Kühn 2005: 7). Přesto je nutno připomenout, že tvrzení, že žádné jednoduché případy neexistují, není již od Dworkinova článku o složitých případech v západní právní vědě žádným extrémem, ale naopak je součástí hlavního proudu právněteoretické diskuse. Extrémním je v tomto kontextu tvrzení, že text právního předpisu nemá pro právní rozhodnutí *žádný* význam, nikoli že není „faktorem, který by kauzu sám rozhodl“ – a podobně jako karikatura mechanické jurisprudence jde o tezi, kterou zřejmě nikdo nikdy nezastával, ač se např. J. Frankovi podsouvala.

však (alespoň navenek) formalisticky postupuje – typicky proto, aby si udržel jistou míru nezávislosti na bezprostředním politickém či mocenském tlaku;³⁰⁵ soudce „pragmatický formalista“ využívá formalistického postupu z pragmatického důvodu – například proto, aby se (z jakéhokoli důvodu) vyhnul rozhodnutí o meritů věci;³⁰⁶ „skutečný a autentický formalista“ internalizoval formalistický diskurz natolik, že si vůbec není vědom toho, že by mohlo jít o roušku, za níž se skrývá něco jiného.

Zatímco ideologii vázané aplikace práva Kühn spojuje s osvícenským úsilím o racionalizaci a formalizaci práva, ideologie volné aplikace práva se podle něj v právní doktríně objevuje spíše jako kritický popis činnosti justice, nikoli jako ideál jejího fungování. Za náležitý postoj současné doktríny pak považuje koncepci „ideologie racionální a legální aplikace práva,“ jejímž jádrem je poznání, že „každé rozhodnutí lze odůvodnit racionálním způsobem na základě práva“ (13).

Z předchozích stránek je patrné, že v díle Z. Kühna se do české právní vědy dostává pohled na (západní) diskusi o formalismu, který je syntetický a z hlediska oné diskuse nevyhraněný. Kühn se kromě Wróblewského opírá jak o Schauerův spíše pragmatický formalismus „hraní podle pravidel,“ tak o díla náležející spíše do tradice Kritických právních studií. I Kühnův přístup lze ovšem označit především za pragmatický: formalismu v právu se nevěnuje z důvodů navýsost teoretických či doktrinárních, ale spíše proto, že jej vnímá jakou součást „trvajících a dlouhodobé“ krize, v níž se nachází středoevropské právní myšlení – což je ústřední teze jeho druhé knihy (Kühn 2005: xv). Projevy této krize přitom nesleduje v oblasti právní vědy či právního myšlení obecně, ale v oblasti s největším praktickým dopadem – tedy v oblasti soudního rozhodování.

³⁰⁵ Jak později Kühn dokládá, je to přístup typický pro („disentující“) soudce v totalitních režimech, které ještě nestihly přizpůsobit právní řád svým mocenským potřebám, případně i v již konsolidovaných totalitních režimech, kde ale momentální potřeby mocenských zásahů přesahují možnosti, které skýtá formalizovaný právní řád. Kromě citované Kühnovy práce lze v tomto směru odkázat na empiricky důkladnější analýzu právního systému ve fašistické Francii a nacistickém Německu (Curran 2001).

³⁰⁶ Empirická sonda do rozhodnutí českých soudů nám ukázala, že tento typ formalismu je ve zdejších poměrech rozšířen poměrně výrazně – srov. kapitulu 16.

Jeho vědecká práce je tak zaměřena výrazně prakticky (jakkoli to pro práci v oblasti právní teorie zní paradoxně), a současně je zjevné, že primárním adresátem jeho slov je – i přes výrazný komparativní a mezinárodní přesah jeho díla – česká, potažmo středoevropská právní obec. Tento rys jeho díla byl ostatně jenom umocněn jeho příchodem na Nejvyšší správní soud, kde dostal přímou možnost uvádět své teze do praxe.

15. Tomáš Sobek a kritika moralismu

Zcela jiný přístup k diskusi o formalismu než Kühnův aplikační pragmatismus představuje dílo jiného mladého českého právního vědce, Tomáše Sobka. Již ve své první knižní publikaci (Sobek 2008) svůj přístup charakterizuje jako analytickou jurisprudenci (7), přičemž ve svém nejnovějším díle (Sobek 2011) tento přístup poněkud expresivně popisuje jako „intelektuální narcismus“: „Analytická jurisprudencí je jurisprudencí, která se dívá do zrcadla“ (15, pozn. 43). Tázat se na publikum, jemuž své dílo adresuje, je tak veskrze absurdní.

Sobkův přístup k tematice formalismu v právu přesně odpovídá tomu, jak analytickou jurisprudenci vymezuje. Zatímco pro Kühna je, jak jsme viděli, právní formalismus součástí obecnějšího problému právní krize, kterou sleduje prizmatem soudních rozhodnutí a kterou se snaží svým dílem řešit, pro Sobka (zejména v jeho první knize) je formalismus problematickým tématem právní filosofie, které je pro něj relevantní toliko jako součást jejího vývoje.

Formalismus jako bezobsažná kritická nálepka

Ve své první knize věnuje formalismu výslovně celou jednu kapitolu,³⁰⁷ kterou ovšem pojímá právě ve shora uvedeném smyslu. Popisuje zde, jak se nálepka „formalismu“ proslavila počátkem 20. století, když tímto označením američtí právní realisté kritizovali „mechanickou jurisprudenci“ – a to zcela neadresně, jak zdůrazňuje (Sobek 2008: 235-6), a následně přesvědčivě vyvrací, že by (až do nedávné doby) jakákoli pozitivní filosofie právního formalismu existovala (236an.). Nepopírá přitom, že např. v období, které historiografie amerického práva zvykne označovat jako období „formalismu“ (tedy zhruba od konce občanské války do postupného nástupu realismu ve 20. letech 20. století), „byl v soudcovském rozhodování formalismus běžnější a výraznější než v předcházejícím a následujícím

³⁰⁷ V pozměněné podobě ji obsahuje i druhá jeho kniha, věnovaná právě vývoji právního myšlení (Sobek 2010: 193an.).

období,“ jde-li ale o vlastní právní teorii, „realisté v kritice formalismu zřejmě stříleli naslepo“ (242).

Sobek současně popírá, že by bylo správné jednoznačně spojovat formalismus s právním pozitivismem. Současný právní pozitivismus je podle něj „filosofie práva, která nemá prakticky žádné metodologické ambice pro soudní rozhodování“: je to „analytická teorie platnosti práva, nikoli normativní teorie soudního rozhodování“ (243).³⁰⁸ V tomto kontextu pak formalismus jako aplikační projev pozitivistické právní filosofie skutečně nedává smysl. Asi nejvýstižněji pak Sobkův přístup k pojmu „formalismus“ v jeho první knize charakterizuje tato teze:

„Pohrdavé označení ‚formalista‘ si soudce vyslouží především tím, že aplikuje právo jako voják Josef Švejk, který absurdizoval příkazy svých nadřízených tím, že je doslovně dodržoval. Stupidní a hodnotově necitlivé interpretace nejsou důsledkem nějakého nadužívání logiky, ale jsou nakonec záležitostí právnických a možná i obecně lidských kvalit soudce.“ (Sobek 2008: 255)

V *Argumentech teorie práva* tak Sobek zaujal k právnímu formalismu velmi specifický postoj: v duchu historie západní, zejména americké právní vědy odmítl jeho relevanci pro právní teorii a filosofii, přičemž jeho teoretický význam v jiných oblastech právní vědy rovněž neshledal. Důsledně tak rozporuje existenci právního formalismu jako svébytné právní teorie, přičemž se (zcela záměrně) takřka vůbec nezabývá právním formalismem jako jevem či metodickým přístupem k aplikaci práva. Ve čtenáři tak snadno mohl zůstat dojem, že popírá i existenci jevů či metodických přístupů, které se zvyknou za formalistické označovat.

³⁰⁸ Tento rys je nicméně v hlavním proudu západního právního pozitivismu přítomen přinejmenším od již výše zmiňované diskuse Harta s Fullerem: Hart svou přednášku ukončuje tezí, že existující právo naše rozhodnutí pouze omezuje, ale neurčuje („the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself,“ Hart 1958: 629).

Mnohem jednoznačněji vyznívá v tomto směru jeho nová kniha *Právní myšlení* s podtitulem *Kritika moralismu*. Onen podtitul je zde velice důležitý, neboť pregnantně vyjadřuje dosud spíše tušenou Sobkovu motivaci a umožňuje pochopit, proč je jeho označení za „radikálního pozitivistu“ (Sobek 2011: 16) nepřipadné. Více než nápomocná je v tomto směru také rozsáhlá předmluva k této knize, v níž svá východiska i základní teze shrnuje a osvětluje z mnoha stran.

Ústřední místo zde zaujímá právní moralismus, k němuž staví právní formalismus do protikladu, nebo přesněji do velice svízelného vztahu (14). Právním moralismem rozumí přístup, „který (alespoň na úrovni rétoriky) zdůrazňuje požadavek na morální správnost právního názoru,“ jakkoli je v dnešní pluralitní společnosti morální správnost věcí veskrze nejednoznačnou (8-9). Nechce propagovat bezduchý formalismus, legalismus či zákonný pozitivismus (což jsou zde všechno označení pro extrémně reduktivní přístup k právu), nicméně tyto přístupy považuje za již dostatečně zdiskreditované a zkušeností (i teoreticky) vyvrácené – jeho záměrem je upozornit na nebezpečí, které se skrývá na opačném extrému (9). Za přístup, který je na tento účel vhodný, považuje právě právní formalismus v neextrémní podobě.

Právní formalista tak dle Sobka „chápe právní myšlení jako myšlení, kterému pozitivní právo normativně omezuje jeho vlastní obor úvahy,“ tedy jako myšlení, které se programově omezuje na „právní hledisko“ a ze své úvahy vylučuje hlediska jiná (11-2). „Formalistovi nevadí to,“ píše Sobek, „že někdo uvažuje o právním případě z morálního hlediska, vadí mu, že právní moralista ve své úvaze odsune právo, právní případ pak posoudí na základě morálky, ale výsledek nakonec prezentuje jako **právní** řešení tohoto případu“ (12, zvýraznění v originálu).

Podobně jako Kühn i Sobek využívá Wróblewského rozlišení vázané, volné a racionální ideologie aplikace práva, ačkoli není pro jeho přístup zásadní. Využívá ji spíše na ilustraci toho, že právní formalismus v podobě, kterou obhajuje, „je otázkou míry“ (32), tedy toho, kde se ve vztahu k oběma extrémům má nalézat ona kompromisní, racionální poloha, přičemž bude mít spíše podobu vymezeného

rozsahu než přesného bodu na pomyslném kontinuu (14-5). V závěru to shrnuje slovy:

„Problém formalismu v právu není postaven v binárním modu, ale je záležitostí permanentního hledání vhodné míry někde mezi oběma extrémy: Mezi slepým dodržováním právních pravidel, které zcela ignoruje požadavek na věcnou správnost práva, a neomezeným instrumentalismem mimoprávních účelů, který naopak zcela ignoruje legitimní autoritu pozitivního práva, typicky demokratickou autoritu zákona. Oběma těmito extrémům potřebujeme porozumět, abychom mohli hledat svoji vlastní umírněnost.“ (Sobek 2011: 539-40).

V závěru své rozsáhlé knihy se ostatně pokouší právní formalismus (jak jej sám chápe) se Scottem Shapirem i vymezit, a to jako normativní teorii toho, jak mají soudci rozhodovat.³⁰⁹ Ta vychází ze čtyř tezí: *legalismu*, tedy primární role zákona jako pramene práva, které má tudíž tvořit zákonodárce, nikoli soudce; *teze právní determinovanosti*, tedy úkolu soudce nalézt v každém souzeném případě jedinou právně správnou odpověď; *teze právního systému*, tedy vnímání práva jako smysluplně uspořádaného systému, nikoli prostého souhrnu právních norem; a *teze právního rozhodování*, tedy úkolu soudců podle práva rozhodovat, nikoli právo opravovat (523-4).

Základním předpokladem právního formalismu je nicméně to, že „právní platnost lze redukovat na ryze formální kritéria,“ přičemž již v tomto základním bodě se rozchází s pozitivismem, jak jej Sobek zastává. Přesto považuje shora vymezený formalistický přístup za užitečný, neboť v „rozumné neshodě“ (82an., 525) s hodnotovou jurisprudencí, kterou v této své knize uvádí jako nejrelevantnější alternativu právního formalismu v soudním rozhodování (315), formují současné modely soudního rozhodování, které zůstává na půdě práva a přitom reflektuje jeho společenský kontext, čímž současně umožňují lépe poznat povahu práva jako takového.

³⁰⁹ Zde je posun od jeho první knížky naprosto zjevný.

Právě ve světle jeho nejnovější knihy není snadné Sobkův postoj k formalismu v právu charakterizovat. Je zjevné, že jej v podstatné míře formovala tradice analytické jurisprudence, k níž i Sobek svým dílem nepochybně náleží. V této tradici³¹⁰ takřka bez výhrad platí, že pojem „právní formalismus“ do právního diskurzu zavedli (a souběžně jej také zdiskreditovali) američtí právní realisté, že označuje spíše karikaturu než popis přístupů, které realisté kritizovali, nebo dokonce celé období vývoje amerického práva a právního myšlení,³¹¹ a že je to tím pádem pojem spíše nehodný hlubší analýzy.³¹² Přesto se i v této tradici objevuje explicitní tematizace právního formalismu, a to včetně jeho pozitivního vymezení. V souladu s tím i Sobek začíná právní formalismus tematizovat nejen ve smyslu odhalení karikaturní povahy jeho tradičního popisu, ale také jako jevu či přístupu s reálným obsahem, který lze argumentačně a analyticky využít. Právě to činí ve své knize *Právní myšlení*, kterou sice explicitně vřazuje do „narcistní“ tradice analytické jurisprudence, přesto je z ní zjevné, že sleduje cíl přesahující vnitřní (samo-) mluvu právní teorie a chce oslovovat i jiné adresáty, které chce varovat před nebezpečím tendencí souhrnně označovaných pojmem „právní moralismus.“

Sobkův přístup je tak od Kühnova zásadně odlišný. Jeho primární ambice jsou teoretické, nikoli praktické, v námi sledované diskusi zastává zřetelně vyhraněné stanovisko, a i adresáty jeho díla jsou zřejmě spíše jeho kolegové po celém světě než česká právní obec, jakkoli jsou pro tento účel česky psaná a v České republice vydaná díla stěží tím nejvhodnějším prostředkem.³¹³ Přesto nakonec dochází k závěru, který

³¹⁰ Podobně jako v případě analytické filosofie je její jádro v anglofonních zemích, a spíše v USA než Británii.

³¹¹ A to nejen uvnitř tradice americké jurisprudence, ale takovéto označení používají i její vnější komentátoři – srov. např. nepublikovanou Duxburyho studii (Duxbury 1991).

³¹² Tento přístup je ostatně typický i pro podstatnou část české právní teorie včetně jejího „hlavního proudu.“ V asi nejlepším díle, které lze takto charakterizovat, z poslední doby (Tryzna 2010) Jan Tryzna nevěnuje právnímu formalismu jako pojmu ani jako jevu žádnou výraznější pozornost – spíše než kriticky je ostatně jeho kniha zaměřena analyticky a pedagogicky.

³¹³ Současně je nutno říct, že má-li být vedlejším produktem tohoto paradoxního zaměření to, že česká právní obec získává konečně možnost seznámit se v souhrnné, přesto nezkarikované podobě se zásadními díly formujícími vývoj západní právní filosofie 20. století, jak to umožňuje právě jeho *Právní myšlení*, lze stěží cokoli namítat.

se tomu Kühnovu velice podobá: jistý formalismus je nezbytným rysem aplikace práva, ta však musí být především rozumná a přiměřená.

16. Exkurs: Pojem „formalismus“ v rozhodnutích českých soudů

Jiný pohled na používání pojmu „formalismus“ v českém právním diskursu nám může dát pohled do zdejších soudních rozhodnutí. Tento pohled je přitom velmi specifický, protože (podobně jako v předchozích kapitolách této práce) nejde tolik o pohled hodnotící, jako spíše popisný. Nebudeme tedy hodnotit, zda jsou nebo nejsou jednotlivá rozhodnutí „formalistická“, ale popíšeme to, jak soudy pojem „formalismus“ ve svých rozhodnutích používají. Zaměříme se přitom pouze na nejvyšší patra českého soudnictví, zejména pak na Ústavní soud. Právě jeho judikatura byla v průběhu přípravy této práce podrobena dosti intenzivní kvalitativní i kvantitativní analýze,³¹⁴ která ovšem kromě svých vlastních závěrů ukázala také velmi omezenou přínosnost takového empirického zkoumání pro tuto práci. Právě proto zde tuto empirickou sondu zařazujeme toliko jako exkurs, byť poměrně rozsáhlý.

Metodologie

Metodologickým východiskem je zde poznatek moderní lingvistiky, že slova nemají imanentní význam, ale že jejich vazba na význam je arbitrární povahy. Pro nás je nerozhodné, přikloníme-li se spíše k teorii (post-)strukturalistické (Saussure, Derrida; jazyk je systém znaků arbitrární povahy, přičemž význam znaku je dán jeho odlišením od znaků ostatních, resp. se děje neustálým odlišováním), nebo k Wittgensteinově teorii jazykových her (jazyk je multiplicitou jazykových her, v

³¹⁴ Její závěry autor této práce přednesl v létě 2008 na výroční konferenci Výzkumného výboru pro sociologii práva Mezinárodní sociologické asociace, konané v italském Milánu. Právě koncem června 2008 jsou omezena také výchozí data této analýzy. Pro účely této práce bylo zbytečné analýzu aktualizovat o data novější, neboť tendence a obecné závěry, které lze z těchto starších dat vyvodit, mají dosti obecnou povahu.

rámci nichž teprve slova a věty nabývají smyslu).³¹⁵ Z obou plyne, že chceme-li se dobrat významu jakékoli výpovědi, musíme se dívat na to, v jakém významu a kontextu je používána. V dalším textu to budeme označovat slovy „významový kontext.“

Analýza samotná má jak kvantitativní či statistickou, tak kvalitativní stránku. Pro jakékoli kvalitativní zkoumání je ovšem nezbytné, aby množství zkoumaných dat bylo rozumně omezeno, a aby tato filtrace proběhla co možná nejdříve, nikoli až v rámci vlastního zkoumání. Právě to svými možnostmi umožňovalo vyhledávání v nálezech a usneseních Ústavního soudu, a to – jak níže uvidíme – rozlišováním mezi nálezy a usneseními.

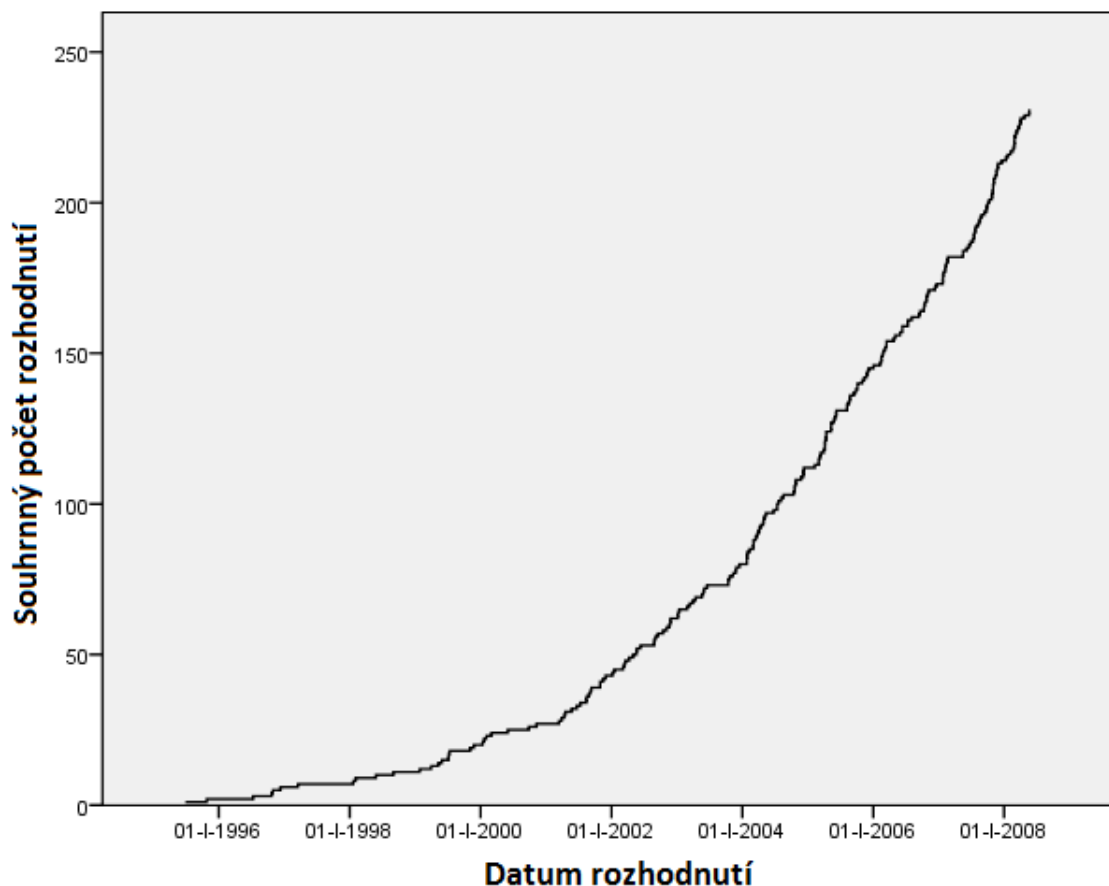
Základním metodou bylo vyhledávání řetězce „formalis*“ v plných textech rozhodnutí. Tím bylo zaručeno, že se do výsledků dostane slovo „formalismus“ i jeho odvozeniny (formalistický, formalisticky), a to ve všech gramatických tvarech. K 1. 7. 2008 tak bylo nalezeno přes 1 500 rozhodnutí Ústavního soudu, 600 rozhodnutí Nejvyššího správního soudu a 203 rozhodnutí Nejvyššího soudu (přičemž ale Nejvyšší soud zveřejňuje na internetu pouze rozhodnutí zhruba od roku 2000). Z těchto čísel je patrné, že zatímco u obou nejvyšších soudů je počet případů zvládnutelný, byť v případě NSS je zvládnutelnost v jednočlenném týmu zcela na hraně, počet rozhodnutí Ústavního soudu možnosti jakékoli kvalitativní analýzy zdaleka přesahoval. Vzhledem k odchylnému způsobu přijímání a nižšímu významu (na což v řadě případů poukazuje i sám Ústavní soud), a v neposlední řadě i proto, že to vyhledávací systém NALUS umožňuje, pokračovala analýza rozhodnutí Ústavního soudu toliko s nálezy (277) a stanovisky pléna (1). Právě judikatura Ústavního soudu byla nakonec zvolena jako pro tuto analýzu nejvhodnější, přičemž judikatuře Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu budeme dále přihlížet pouze výběrově. Ke kvantitativní analýze bylo použito kódování autorem této stati, data byla zpracována statistickým programem SPSS.

³¹⁵ Velmi zjednodušený, pro naše účely ale dostačující úvod do těchto teorií lze nalézt v češtině v útlé knížce M. Petříčka s názvem *Úvod do (současné) filosofie* (Petříček 1997), zejména v přednášce osmé (Saussure, s. 125an.), deváté (Wittgenstein, s. 132an.) a jedenácté (Derrida a poststrukturalismus, s. 164an.). Již klasickým podrobnějším úvodem do sémiotiky a potažmo strukturalismu je knížka J. Cullera (Culler 2001), doporučit lze i bohatě ilustrovaný úvod do sémiotiky P. Copleyho a L. Janszové (Copley a Jansz 2004).

Vyhledané nálezy a stanoviska pléna byly nejdříve podrobeny předběžné kvalitativní analýze – tzv. kódování. Zde byly zejména z další analýzy vyřazeny případy, kdy se pojem formalismus vyskytoval pouze v rekapitulaci řízení nebo v rekapitulaci podání účastníků. Po této filtraci analýza pokračovala s 232 případy (plus v omezené míře s 12 odlišnými stanovisky). V rámci tohoto kódování byl rovněž identifikován hmotně- a procesněprávní kontext daného případu („o co tam šlo“ a „kde nastal problém“; k tomu viz níže) a významový kontext pojmu „formalismus“. S použitím statistického programu SPSS pak byla data elementárně statisticky vyhodnocena – elementárně proto, že účelem nebylo zjišťovat korelace či jiné statisticky významné veličiny, ale naopak statistika byla pouze pomocným nástrojem při kvalitativním hodnocení a odhalování motivů a tendencí. Pro názornost jsou níže přetištěny některé grafy a tabulky, které tato analýza vyprodukovala.

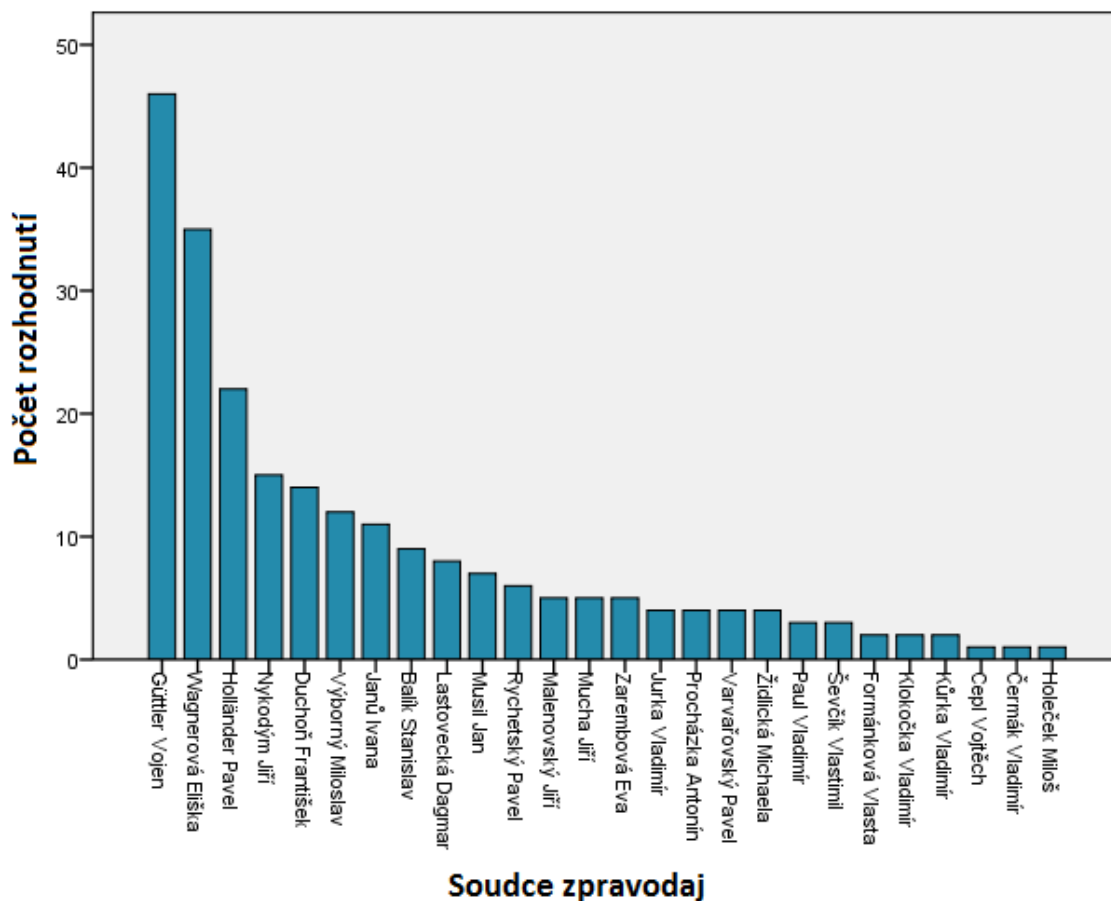
Základní statistické shrnutí

První nález používající pojmu „formalismus“ byl vydán ve věci sp. zn. III. ÚS 74/94 29. června 1995. Níže uvedený graf ukazuje růst počtu nálezů, které tento pojem používají. Povšimněme si pouze pozvolný nárůst zhruba do roku 2001 a mnohem prudší nárůst v dalším období. Z dalšího zkoumání vyplývá, že jednou z příčin této změny je zřejmě také intenzivnější (a vzhledem k pokroku vývoje informačních technologií v daném období také mnohem pohodlnější) práce soudů se starší vlastní judikaturou, neboť podstatnou část novějších případů použití pojmu „formalismus“ tvoří doslovně převzaté nebo jenom málo modifikované části argumentace starších rozhodnutí – lze identifikovat přinejmenším čtyři takovéto opakující se části argumentace (viz níže).



(graf 1: Nárůst souhrnného počtu případů v čase)

Dalším zajímavým statistickým zjištěním je, jak často jednotlivé soudkyně a soudci tento pojem používali ve věcech, kde měly či měli roli soudce zpravodaje. Následující graf ukazuje počet věcí u jednotlivých soudkyň a soudců. Za povšimnutí stojí, že bývalý předseda Ústavního soudu Z. Kessler ani současná předsedkyně Nejvyššího soudu I. Brožová za dobu svého působení na Ústavním soudu nepoužili pojem „formalismus“ ani v jediném případě (Z. Kessler byl nicméně zpravodajem toliko v jedné plenární věci rozhodnuté usnesením). Tento graf rovněž ukazuje, že členové tzv. prvního ÚS byli s používáním tohoto pojmu spíše opatrní, více než desetkrát jej použili pouze jeho tři znovujmenovaní členové (přičemž I. Janů jej začala používat až ve svém druhém funkčním období, V. Güttler a P. Holländer jej ovšem více než desetkrát použili již ve svém prvním funkčním období).



(graf 2: celkový počet nálezů používajících pojem „formalismus“ podle soudce-zpravodaje)

Hmotněprávní a procesní kontext

Přesuňme se nyní k vlastním případům. Než se však podíváme na významový kontext pojmu „formalismus“, jak je v nich používán, vyhodnotíme v hrubých rysech jejich kontext hmotněprávní a procesněprávní. Zde by jakékoli statisticky přesné hodnocení bylo jednak velmi obtížné (vyžadovalo by si velmi precizní kódování a propracovaný analytický rámec), zejména ale vzhledem k celkovému cíli této analýzy i v zásadě zbytečné.

Tak je z hmotněprávního hlediska zdaleka nejpočetnější skupina případů týkajících se restitucí a rehabilitací (úhrnem čtvrtina všech případů). Připomeňme, že restituční zákony stanovily poměrně přísné podmínky pro uplatnění restitučního nároku, které byly navíc ztíženy prekluzivní lhůtou. To vše v podmínkách právní a

administrativní transformace, což jakoukoli předvídatelnost soudní interpretace ještě ztěžovalo. Dalšími početními skupinami v tomto směru jsou případy týkající se smluv a jejich plnění, daní a poplatků, trestního práva (zvláště vazby), práva na informace a voleb.

Z hlediska procesu je toto rozčlenění ještě nejasnější, a to zejména proto, že se procesněprávní aspekt v mnoha případech výrazně překrýval s vlastním významovým kontextem pojmu „formalismus“, kterému se budeme věnovat níže. Je nicméně možné i přesto identifikovat (byť bez jakékoli přesnější kvantifikace) několik opakujících se témat. Těmi nejobvyklejšími jsou (špatné) označování stran sporu (typicky označení městského úřadu či ministerstva jako strany v civilním řízení), soudní poplatky, náklady řízení, formální rozsudky (pro uznání, pro zmeškání) a opatrovnictví a zastoupení v řízení. Jak je vidět, významná část těchto kategorií se nějak dotýká nejvýraznějších procesních „pastí“, v nichž formální pochybení může vést k závažným materiálním důsledkům.

Významový kontext

Po těchto předběžných analýzách lze přistoupit k pohledu na to, co nás zde zajímá nejvíce: významový kontext používání pojmu „formalismus“. Zde bylo kódování snazší, jelikož se nezřídka opakovaly celé věty či odstavce používající tento pojem, tu s menšími, tu s většími obměnami. Bylo tak identifikováno celkem 14 významových kontextů, včetně sběrných kategorií „Jiný“ a „Bez bližšího vysvětlení“ – posledně zmiňovaná kategorie zahrnuje zejména případy, kdy se pojmu „formalismus“ používá jakoby mezi řečí, typicky v podobě adjektiva. Tyto kategorie i s četností svého výskytu jsou uvedeny v následující tabulce (k ní na vysvětlenou: jelikož se pojem „formalismus“ v některých rozhodnutích vyskytoval více než jednou a ve více než jednom významovém kontextu, je celkový počet výskytů vyšší než počet zkoumaných rozhodnutí – procentuální podíl vzhledem k celkovému počtu rozhodnutí je uveden v posledním sloupci). Většina z nich další vysvětlení snad nevyžaduje, nicméně ve čtyřech případech je situace odlišná. Jsou to významové kontexty označeny spisovou značkou věci, v níž byly použity poprvé, a dále kategorie „druhá dimenze čl. 2 odst. 3 Listiny.“ Těmto, z analytického pohledu asi

nejdůležitějším kategoriím, se proto ještě před vlastní analýzou musíme věnovat podrobněji a vysvětlit je. Toto vysvětlení pojmem v chronologickém pořadí, které nám ukáže jistý pokrok (jakkoli se ranější významy vyskytují i v pozdějších rozhodnutích).

Významový kontext	Výskyty		
	Počet	Procent	Procent věcí
III. ÚS 74/94	11	3,8%	4,8%
III. ÚS 127/96	14	4,9%	6,1%
Gramatická nebo příliš úzká interpretace	27	9,4%	11,7%
Chabá argumentace	8	2,8%	3,5%
Nezohlednění okolností případu	8	2,8%	3,5%
III. ÚS 224/98	98	34,3%	42,4%
Nerespektování účelu a cílů pravidel	14	4,9%	6,1%
Druhá dimenze čl. 2 odst. 3 Listiny	11	3,8%	4,8%
„Čištění stolu“	4	1,4%	1,7%
Přísné dodržování procesních pravidel bez ohledu na jejich účel	19	6,6%	8,2%
Zbytečný úkon	6	2,1%	2,6%
Ignorování skutkových zjištění	8	2,8%	3,5%
Bez bližšího vysvětlení	34	11,9%	14,7%
Jiný	24	8,4%	10,4%
Celkem	286	100,0%	123,8%

Ve věci sp. zn. III. ÚS 74/94 (vůbec první studovaný případ, zpravodaj V. Jurka) Ústavní soud uvedl, že „je na místě přistupovat k věci tak, aby nedocházelo k nevstřícnému, formalistickému přístupu soudu, který hrozí případnou další

křivdou.“ Zde význam pojmu „formalismus“ není zcela jasný, je nicméně zřejmé, že souvisí s „nevstřícným přístupem“ soudů (či jiných orgánů veřejné moci) a se způsobováním dalších křivd, přičemž z dikce této věty je patrné, že soudy a orgány veřejné moci se mají obou těchto nešvarů vystříhat.

Ve věci sp. zn. III. ÚS 127/96 (zpravodaj P. Holländer) nalézáme první kvazidefinici formalismu:

„Pokud procesní právní úkony účastníků řízení obsahují zjevnou nesprávnost, jejíž odstranění umožňuje rovněž odstranit nedostatek podmínek v řízení, přičemž konstatování této zjevnosti nevyžaduje procesní aktivitu soudu (např. dokazování), nutno účastníkům řízení dát příležitost tuto nesprávnost odstranit. Opakem tohoto postupu je přepjatý formalismus, jehož důsledkem je sofistikované zdůvodňování zjevné nespravedlnosti (...).“

Formalismus je tak vymezen svými důsledky, tedy „sofistikovaným zdůvodňováním zjevné nespravedlnosti.“ V pozdějších případech výskytu tohoto významového kontextu se tento důsledek přesouvá do významového jádra a stává se jednou z charakteristik této podoby formalismu.

Ve věci sp. zn. III. ÚS 224/98 (zpravodaj P. Holländer) se objevuje vůbec nejčastější významový kontext:

„Z pohledu ústavněprávního nutno stanovit podmínky, za jejichž splnění nesprávná aplikace jednoduchého práva obecnými soudy má za následek porušení základních práv a svobod. Ústavní soud spatřuje tyto podmínky v následujících okolnostech: Základní práva a svobody v oblasti jednoduchého práva působí jako regulativní ideje, pročež na ně obsahově navazují komplexy norem jednoduchého práva. Porušení některé z těchto norem, a to v důsledku svévole (např. nerespektováním kogentní normy) anebo v důsledku interpretace, jež je v extrémním rozporu s principy spravedlnosti (např. přepjatý formalismus), pak zakládá dotčení na základním právu a svobodě.“

Zde se poprvé vyskytuje formalismus v jakémisi vztahu k svévoli, pozdější výskyty tohoto typu argumentace označují formalismus za jeden z příkladů svévole.

Poslední kategorií, která si vyžaduje vysvětlení, je „Druhá dimenze čl. 2 odst. 3 Listiny.“ Připomeňme, že toto ustanovení zní: „Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“ Jeho „první dimenze“ je poměrně zřejmá: ochrana osobní svobody, kterou lze omezit toliko zákonem. Ve věci sp. zn. I. ÚS 546/03 (zpravodajkyně E. Wagnerová) poukázal Ústavní soud na jeho druhou dimenzi, a to těmito slovy:

„Ve své druhé dimenzi pak působí čl. 2 odst. 3 Listiny jako subjektivní právo jednotlivce na to, aby veřejná moc respektovala autonomní projevy jeho osobnosti, včetně projevů volních, které mají odraz v jeho konkrétním jednání, pokud takové jednání není zákonem výslovně zakázáno.

Porušení tohoto práva se orgán státní moci dopustí i tehdy, pokud formalistickým výkladem norem jednoduchého práva odepře autonomnímu projevu vůle smluvních stran důsledky, které smluvní strany takovým projevem zamýšlely ve své právní sféře vyvolat.

Po posouzení všech okolností projednávaného případu dospěl Ústavní soud k závěru, že v daném případě šlo právě o takovou situaci, kdy obecný soud přílišným formalismem interpretoval ustanovení občanského zákoníku týkající se pravidel výkladu právních úkonů a rovněž se dopustil formalismu při výkladu příslušného ustanovení občanského soudního řádu, jež vyvolávalo další právní důsledky pro postavení stěžovatelky a vedlejšího účastníka v přístupu k soudu.“

Zde lze identifikovat dva samostatné významy. První význam, jak je vyjádřen v prvních dvou odstavcích této citace, klade formalistický přístup do protikladu s respektováním (smluvní) svobody. Druhý význam, který nalezneme v posledním odstavci, je nicméně ještě zajímavější: formalismus zde již není jenom (negativní) charakteristika přístupu či úkonu, formalismus se sám stává aktem, jehož se lze dopustit.

Doplníme-li ke zde předneseným významovým kontextům ty ostatní uvedené v předchozí tabulce, zjistíme, že je lze rozdělit do několika skupin. Jednu z nich exemplárně reprezentuje posledně zmiňovaný význam: jde o „přestupek“, pochybení, kterého se dopustily orgány veřejné moci. Nicméně jakkoli nás pohled na jednotlivé takto či obdobně hodnocené případy může ubezpečit v tom, že toto obvinění je důvodné, přesto je těžké ubránit se dojmu, že jde především o další potvrzení již klasického tvrzení, že jediným skutečným významem tohoto pojmu je odsudek adresáta. Tuto tezi navíc potvrzuje i velké množství případů, kde je pojmu „formalismus“ použito bez jakéhokoli vysvětlení a jakoby „mezi řečí.“

Nicméně, v tomto případě přichází onen odsudek ve formě obvinění. Pro účely tohoto exkursu je proto případné postupovat dále při rozčleňování významových kontextů v souladu s klasickou teorií zavinění.

Analýza významových kontextů

Úmysl přímý: je zde zřejmý zájem soudu či jiného orgánu aplikujícího právo na výsledku předmětného sporu, a tento orgán použije jakékoli prostředky, které má k dispozici, aby dosáhl zamýšleného výsledku; upřednostňují se procesní a formální prostředky, neboť umožňují vyhnout se odhalení skutečného záměru. Exemplárními příklady takového přístupu je několik případů týkajících se práva na informace, kdy soud žalobu zamítl z důvodu, že právní zástupce byl k podání žaloby v dané věci zmocněn jiným orgánem daného občanského sdružení, než který je k tomu podle soudu kompetentní.

Úmysl nepřímý: není zde zřejmý zájem soudu či jiného orgánu aplikujícího právo na výsledku předmětného sporu, jediným vysledovatelným zájmem je co nejrychleji se dané věci zbavit, a to bez ohledu na důsledky pro strany sporu. Exemplárními příklady je jednak řada případů týkajících se prorogačních dohod, kdy Ústavní soud obvinil odvolací soud, že popírá platnost těchto dohod proto, aby se v budoucnu nemusel zabývat žalobami tohoto žalobce; jednak řada případů, kdy se soud striktně přidržel (doslovného znění) procesních pravidel, jako třeba když Nejvyšší soud odmítl dovolání proto, že nebylo jasné, zda jej podal obhájce

obviněného, jak to požaduje trestní řád (podání obsahovalo slova „prostřednictvím právního zástupce“).

Vědomá nedbalost: v teorii zavinění je rozlišení mezi vědomou nedbalostí a nepřímým úmyslem spíše mlhavé, nejinak tomu bude i na tomto místě. Zde by tato skupina mohla obsahovat případy, kdy není žádný zřejmý zájem soudu či jiného orgánu aplikujícího právo na výsledku předmětného sporu, ovšem ani zájem na zbavení se dané věci, rozhodující orgán prostě pochybuje o účelnosti vydávání rozhodnutí, které by pravděpodobně nevedlo k žádné podstatné změně v postavení strany sporu. Je zajímavé, že právě tato kategorie „formalismů“ je nejčastěji zpochybňovaná odlišnými stanovisky. Jde zejména o případy, kdy Ústavní soud odmítá zrušit rozhodnutí obecného soudu, když by to vedlo toliko k vydání rozhodnutí se stejným výrokem a odlišným (náležitým) odůvodněním. Patří sem tedy kategorie „zbytečný úkon.“

Nevědomá nedbalost: o nevědomé nedbalosti soudu se nemluví snadno. Již po staletí je jedním z pilířů legality zásada *iura novit curia*, a neznalost, která je konceptu nevědomé nedbalosti inherentní, se s obrazem právníka či dokonce soudce příliš neshoduje. Připustit tento způsob zavinění by vlastně znamenalo říkat o soudcích a jiných úřednících, že jsou hloupí, líní a neznalí, což slušný akademik rozhodně nečiní na počkání. Některé ze studovaných případů nás však nutí ponechat tuto možnost otevřenou, neboť je pravděpodobně lepší připustit hloupost a neznalost nežli vědomé odepření některých ze zcela základních práv v rozvíjející se demokracii (srov. volební případy, kdy byla odepřena registrace kandidáta z toho důvodu, že jako doklad svého občanství nepředložil občanský průkaz – jeho občanství jako takové přitom zpochybněno nebylo).

Výše uvedená kategorizace je dosti hrubá a především spíše anekdotická. Lze se nicméně domnívat, že zde prozařují dvě tendence, které bývají pojmem „formalismus“ označovány. První z nich je dosti nevyhnutelná a právě tak nevyhnutelně ji sdílí i sám Ústavní soud (ačkoli se to z jeho nálezů samozřejmě příliš nepozná): potřeba „odfiltrovat“ velkou část nápadu je velmi silná, a navíc se k ní přidává nekonečný problém průtahů v řízení. Ostatně i jeden z posledních námi

studovaných případů, kde rozhodnutí padlo v květnu 2008,³¹⁶ se ještě pořád týká restitucí, tedy vyrovnávání se s režimem svrženým před více než 18 lety. Dosáhnutí spravedlnosti po více než deseti letech lze jen stěží mít za spravedlivé.

Na druhou stranu, čím více času musí vyšší soudy věnovat obyčejným, „kopírovaným“ případům, tím méně jim zůstává na ty důležitější a potenciálně průlomové. Idea individuální spravedlnosti však při tomto typu uvažování zjevně prohrává rozsudkem pro zmeškání. Nicméně i zde je nutno přísně rozlišovat: na jedné straně jsou případy odmítané vyššími soudy z pochybných důvodů, kde se pečlivá strana sporu může vždy pokoušet o nápravu; na straně druhé pak takové extrémy, jako případ, kdy byla jistá osoba (zjevně notorický stěžovatel) soudem zbavena způsobilosti k právním úkonům tak, že se o tom dověděla až při výměně občanského průkazu.³¹⁷ Ne-li idea individuální spravedlnosti, pak alespoň riziko takových excesů by mělo entuziasmus propagátorů tohoto přístupu brzdit.

Ještě více znepokojivá je nicméně ona druhá tendence. V až příliš mnoha případech lze naříkaný formalismus soudů a jiných orgánů vidět jako obranu vládnoucí moci, establishmentu, vlády v širokém smyslu slova (nelze však popřít však, že za mnoha případy z kategorie „úmysl přímý“ jsou zájmy jiné než veřejné moci). Tak případy z raného období charakterizuje popírání účelu restitucí (a tedy ochrana majetku „státu,“ ačkoli byl získán „krádeží“), později se objevují případy odepírání informací (a tedy ochrany „kabinetního“ charakteru veřejné moci) či rehabilitací a majetkového odškodnění nespravedlivě odsouzených komunistickým režimem, jakož i notoricky úzká interpretace daňového práva (a tedy ochrana rozpočtových zájmů veřejné moci). Tento přístup může být do jisté míry odůvodněný, nebo spíše pochopitelný, v případě mimosoudních veřejných orgánů, ani zde by ovšem formalistický přístup neměl přerůstat ve svévoli (jako když orgán veřejné moci odmítl zaregistrovat právnickou osobu z materiálních důvodů, při následném řízení před správním soudem ovšem argumentoval striktně formálně³¹⁸) a měl by se respektovat účel a cíle aplikovaných právních pravidel.

³¹⁶ Jde o rozhodnutí ve věci sp. zn. II. ÚS 2277/07.

³¹⁷ Viz nálezn ve věci sp. zn. II. ÚS 303/05.

³¹⁸ Tak postupovalo Ministerstvo kultury ve věci registrace jedné z oblastních charit Olomouckého arcibiskupství, viz nálezn ve věci sp. zn. I. ÚS 146/03.

V jednom z nálezů z roku 2008 Ústavní soud slovy zpravodajkyně E. Wagnerové obvinil Nejvyšší soud, že se „doslova schovává za paragrafy procesních předpisů (zde trestní řád), aniž by vyložil svůj skutečný názor a osvětlil svůj postoj k činům, hodnoceným před rokem 1989 jako činy trestné.“³¹⁹ To je snad ještě více znepokojivé než jakákoli nenáležitá fiskální ochrana, kterou by soudy poskytovaly.

Nejvyšší soud a Nejvyšší správní soud

Podíváme-li se obdobnou metodou a optikou do rozhodnutí Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu, lze konstatovat, že výše uvedené do značné míry platí i zde. K již popsaným tendencím a významovým kontextům však přistupuje, a je to patrné zejména v rozhodnutích Nejvyššího správního soudu, ještě jedna významná tendence: a to formalismus již v samotných podáních a petitech. Tento rys nám v analýze nálezů Ústavního soudu poněkud uniká, zjevně již proto, že Ústavní soud formou nálezu většinou podání (alespoň částečně) vyhovuje, přičemž u obou nejvyšších obecných soudů se rozlišování na nálezy a usnesení neuplatňuje a do analýzy se tak dostávají veškerá jejich rozhodnutí splňující kritéria výběru.

Není přitom zřejmě žádným překvapením, že se podstatná část takto formalistických podání objevuje v oblasti fiskální, zejména daňové,³²⁰ ve věcech řešených Nejvyšším soudem pak v oblasti restitucí³²¹ – v tomto smyslu i používání

³¹⁹ Jde o rozhodnutí ve věci sp. zn. II. ÚS 2268/07.

³²⁰ Uveďme několik příkladů: ve věci sp. zn. 7 Afs 27/2005 stěžovatelka tvrdila, „že by rozhodnutí správce daně mohlo obstát pouze v případě, že by ve svém výroku odkázalo jak na jednotlivá ustanovení konkrétního zákona, tak i na zákon jako na celek,“ což NSS odmítl jako „ryzí právní formalismus“; naopak ve věci sp. zn. 8 Afs 18/2005 NSS s odkazem na ÚS proti argumentaci stěžovatele uvedl, že „neuvedení citace konkrétního paragrafu, odstavce či písmene nezakládá nicotnost rozhodnutí finančního orgánu“ (podobně jiný senát NSS ve věci sp. zn. 5 Afs 130/2004); ve věci sp. zn. 2 Afs 143/2004 NSS (s odkazem na ÚS) odmítl argumentaci „neplatným barevným provedením malého státního znaku v otisku razítka státního orgánu“; proti obstrukčně formalistickému přístupu účastníků řízení brojí NSS v rozhodnutí ve věci sp. zn. 2 Afs 202/2004.

³²¹ Opět několik příkladů: ve věci sp. zn. 28 Cdo 1441/2004 NS konstatuje, že „svým podrobným až formalistickým petitem (...) zřejmě žalobce zmátl soudy obou instancí“; ve věci sp. zn. 28 Cdo 2541/2004 žalobce-dovolatel „formalisticky zneužil vzniklou situaci a ponechal stranou výsledek restitučního sporu,“ a to tím, že se dožadoval zaplacení „dlužného nájemného“ za restituovaný předmět nájmu od úspěšného restituenta za období od pravomocného rozhodnutí restitučního sporu do pravomocného zápisu do katastru (do vyřešení restitučního sporu si strany sjednaly nájem v obrácených rolích – pronajímatelem byla osoba povinná, nájemcem osoba oprávněná); v obchodněprávní oblasti lze zmínit věc sp. zn. 29 Odo 12/2005, v níž dovolatelé sice netvrdí, že

formalistických argumentů účastníky soudního řízení zapadá do schématu, které jsme odhalili v nálezech Ústavního soudu. Nejde tedy o zásadní přehodnocení, ale pouze o rozšíření závěrů, které lze vyvodit ze studia nálezů Ústavního soudu. A to v tom smyslu, že formalistický přístup k právu se v českém prostředí rozhodně neomezuje pouze na subjekty³²² či orgány vydávající rozhodnutí, ale je do značné míry vlastní uvažování o právu vůbec.

nejdou „osoby, jimž je nutno adresovat výzvu podle § 19 odst. 2 ZKV,“ tvrdí však, že „dokud tuto skutečnost nedají formálně najevo, není konkursní soud oprávněn postupovat způsobem, kterým otázku příslušnosti nemovitostí ke konkursní podstatě vůči nim postaví najisto (nemůže jim zaslat výzvu podle § 19 odst. 2 ZKV.),“ což dle NS formalisticky odporuje účelu předmětné normy.

³²² Zajímavým způsobem rozlišuje ve své recentní monografii mezi subjektem a osobou K. Beran: pojem „osoba“ má v jeho pojetí předobraz v člověku a právní „osobnost“ či „subjektivita“ se z tohoto předobrazu odvozuje deduktivně; pojem „subjekt“ je naproti tomu výsledkem induktivního uvažování vycházejícího ze subjektivity jakožto souboru práv náležejících právě „subjektu“. Právní subjekt tak nemusí být nutně osobou, ale může být toliko „nesamostatným orgánem“ obsáhlejší osoby (Beran 2012: 158).

III. Má formalismus v právu místo?

17. Formalismus a právo v českém prostředí

Jak jsme viděli v předchozích kapitolách, pojem „formalismus“ mívá v právním diskursu rozmanitý, zejména ale spíše negativní význam. Přesto se i v právní vědě objevují myslitelé, kteří se tomuto pojmu snaží dát pozitivní význam a nalézt projev či přístup, který jím označují, místo v právním myšlení a v právní praxi. Závěrečná část této práce je bude v tomto úsilí do jisté míry následovat.

Je přitom ale nutno zdůraznit zásadně rozdílná empirická východiska³²³ našeho úsilí a studií amerických právních vědců. Nejde přitom jenom o Schauera, Weinriba, Tamanahu či Scaliu jakožto soudobé obhájce formalismu, ale také o jeho kritiky – soudobé i historické. Odlišnosti mezi (anglo-)americkou a (středoevropskou) právní realitou mohou být ostatně dobrým základem pro další, samostatné úvahy.

Lochner a ti druzí

Mluví-li se v kontextu anglofonní právní vědy o formalismu v právu, takřka vždy to (alespoň „nějak“) souvisí s vystoupením amerického právního realismu, přičemž za exemplární příklad realisty kritizovaného formalismu v právu bývá považováno rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Lochner v. New York* a reforma právního vzdělávání, kterou na Harvard Law School zavedl koncem 19. století její děkan Langdell. Případu *Lochner v. New York* jsme v této práci věnovali dostatečnou pozornost na to, aby bylo zjevné, že se naprosto liší od soudních

³²³ Právě ignorování zkušenostních rozdílů střeoevropské a angloamerické právní vědy lze nejvíce vyčítat prvním knihám Tomáše Sobka. Ani Zdeněk Kühn přitom ovšem nevěnuje empirické stránce svého zkoumání práva v socialistických a postsocialistických zemích ani zdaleka takovou pozornost, jakou by si ono téma zasloužilo (srov. Kühn 2005 a Curran 2001; Kühn přitom ve své práci rozsáhlý článek Vivienne Curran cituje a i z toho je zřejmé, že přístup podobný tomu, který zvolila ona, uplatňovat ani nechtěl).

rozhodnutí, která bychom za formalistická označili v našem prostředí; Langdellově vzdělávací metodě jsme se věnovali jenom okrajově, neboť její označení za formalistickou je bez důkladné znalosti reálií amerického práva, právní vědy, právní praxe a právního vzdělávání na přelomu 19. a 20. století stěží srozumitelné. I američtí právní realisté (a jejich vzory jako R. Pound) se ale ve své kritice inspirovali i v Evropě – a právě Kantorowiczův satirický obraz úředníka za velkým zeleným stolem s ohromným Kodexem, který je pouze pomocí jeho textu a vlastního tajného myšlenkového postupu schopen nalézt správnou odpověď na jakoukoli právní otázku, mnohem lépe odpovídá středoevropské zkušenosti s jevem nazývaným formalismus.

Vždyť, jak jsme viděli v empirickém exkursu, za exemplární příklady formalistického rozhodování českých soudů lze označit případy odmítání žalob proti nezpůsobilým účastníkům řízení (třeba v případě označení obchodní společnosti jako „firmy,“ záměně obce za obecní úřad³²⁴ nebo označení organizační složky státu v civilních věcech bez dovětku „Česká republika“³²⁵), nerespektování zjevné vůle smluvních stran³²⁶ (např. zpochybňováním prorogační doložky,³²⁷ prohlášením smlouvy o nájmu nebytových prostor uzavřené bez předchozího souhlasu obce vyžadovaného podle původního §3 odst. 2 zákona č. 116/1990 Sb. za smlouvu od

³²⁴ Srov. např. nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. II. ÚS 73/03.

³²⁵ Srov. např. nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. IV. ÚS 22/03.

³²⁶ Obecně tento neduh odsuzuje argumentace Ústavního soudu, kterou (slovy zpravodajkyň E. Wagnerové) poprvé použil ve věci sp. zn. I. ÚS 546/03 (později ji přebírají i jiní soudci zpravodajové a jiné senáty). Zde Ústavní soud poukázal na „druhou dimenzi“ čl. 2 odst. 3 Listiny, a to těmito slovy:

„Ve své druhé dimenzi pak působí čl. 2 odst. 3 Listiny jako subjektivní právo jednotlivce na to, aby veřejná moc respektovala autonomní projevy jeho osobnosti, včetně projevů volních, které mají odraz v jeho konkrétním jednání, pokud takové jednání není zákonem výslovně zakázáno.

Porušení tohoto práva se orgán státní moci dopustí i tehdy, pokud formalistickým výkladem norem jednoduchého práva odepře autonomnímu projevu vůle smluvních stran důsledky, které smluvní strany takovým projevem zamýšlely ve své právní sféře vyvolat.

Po posouzení všech okolností projednávaného případu dospěl Ústavní soud k závěru, že v daném případě šlo právě o takovou situaci, kdy obecný soud přílišným formalismem interpretoval ustanovení občanského zákoníku týkající se pravidel výkladu právních úkonů a rovněž se dopustil formalismu při výkladu příslušného ustanovení občanského soudního řádu, jež vyvolávalo další právní důsledky pro postavení stěžovatelky a vedlejšího účastníka v přístupu k soudu.“

³²⁷ Srov. např. nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. I. ÚS 43/04.

počátku neplatnou, a to dokonce i když byla pronajímatelem sama obec³²⁸) či rozhodnutí, která lze souhrnně označit jako případy „kabinetní justice“³²⁹ (využívání institutu opatrovníka na ulehčení práce soudu,³³⁰ nadužívání či zneužívání formálních rozsudků³³¹ nebo jiné odepírání přístupu k soudní ochraně ve sporech se státem či orgány veřejné moci³³²). Tedy opravdu nikoli pregnantní a důsledná argumentace, která ovšem skrývá skutečné motivy (jak bývá kritizován rozsudek ve věci *Lochner v. New York*).

Extrémním až bláznivým případem rozhodnutí českého soudu, které lze označit za „formalistické“ (a to v celé škále významů tohoto pojmu v čele se Sobkovým rozhodnutím „stupidním“) je pak prvostupňový rozsudek Městského soudu v Praze v kauze exministra V. Mlynáře (sp. zn. 2 T 1/2006).³³³ V tomto rozsudku, čítajícím 440 (sic!) normostran textu, soud v rámci hodnocení důkazů doslova opisuje celé důkazní dokumenty³³⁴ i nepodstatné banality,³³⁵ aby nakonec V. Mlynáře a spol. odsoudil za tzv. insider trading, tedy v terminologii českého práva za zneužívání informací v obchodním styku – což je trestný čin, jehož se nepodnikatelský subjekt

³²⁸ Srov. např. nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. IV. ÚS 290/03.

³²⁹ Tento pojem používá explicitně Ústavní soud v nálezu sp. zn. II. ÚS 303/05. Jde o kauzu zbavení způsobilosti k právním úkonům, v níž příslušná osoba nebyla seznámena se závěry klíčového znaleckého posudku, v souladu s doporučením v něm uvedeným bylo upuštěno od ústního jednání a dokonce rovněž od doručení onoho rozsudku – o zbavení způsobilosti k právním úkonům se tak příslušná osoba dověděla až při výměně občanského průkazu.

³³⁰ Kromě případu uvedeného v předchozí poznámce srov. např. nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. II ÚS 629/04.

³³¹ Srov. např. nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. III. ÚS 428/04 – rozsudek pro zmeškání vydal soud pro pouhé pětiminutové a omluvitelné zdržení (zmeškání nařízeného času jednání) právním zástupcem a jednatelem jinak procesně aktivní strany.

³³² Srov. např. celou řadu nálezů Ústavního soudu v restitučních a rehabilitačních věcech nebo nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. IV. ÚS 283/03 týkající se poskytování informací, místo čehož ale Vrchní soud v Praze řešil spíše oprávnění statutárních orgánů příslušného občanského sdružení vůbec žalobu podat, a to zcela kryptickými dotazy.

³³³ Rozsudek je k dispozici na webových stránkách V. Mlynáře [30].

³³⁴ Srov. str. 88 a násl., kde se soud věnuje zřizovací listině příspěvkové organizace TESTCOM, přičemž po větě „Základním předmětem činnosti pro státní správu je zejména:“ následuje všech 20 demonstrativně uvedených předmětů činnosti této organizace.

³³⁵ Na str. 68 tak čteme: „Svědék Ing. Lubomír Starý, další člen dozorčí rady TESTCOM – Technický a zkušební ústav telekomunikací a pošt Praha, příspěvkové organizace, u hlavního líčení vypověděl, že od roku 2000 je v důchodu.“

takřka pojmově ani dopustit nemůže.³³⁶ Rozdíl proti čtivému a argumentačně dosti přesvědčivému rozsudku ve věci *Lochner v. New York* je tak až do očí bijící.

Hloubku problému, který se neomezuje jenom na soudy, ale zasahuje i do vysokých pater administrativy, v době psaní této práce nejlépe ilustruje postup Ministerstva vnitra při kontrole „kandidátních petic“ kandidátů na prezidenta republiky, kteří nebyli navrženi skupinou poslanců či senátorů. Absurdnost ministerstvem zvoleného postupu se zcela vymyká popisu, nejlépe ji shrnuje vyjádření odpovědného ředitele Odboru veřejné správy MV ČR JUDr. V. Henycha, podle kterého „na právo nemůžeme uplatňovat závěry a poučky z matematiky či z jiných věd.“³³⁷ Nemá tedy úplnou pravdu přeci jenom Tomáš Sobek přisuzující většinu negativ spojovaných s formalismem prosté lidské hlouposti? Domnívám se, že nikoli, a že si formalismus v právu zaslouží svébytný pohled, jakkoli zde omezený hlediskem českého právního prostoru.

³³⁶ Prohlášení státu za podnikatele (srov. str. 156 rozsudku) je přitom pouze jedním z mnoha „novátorských“ řešení tohoto rozsudku. Teorii trestního práva například obohacuje tvrzením, že „trestní právo je ovládáno zásadou, podle níž žádný trestný čin nesmí zůstat bez zákonného trestu (nullum crimen sine poena legali),“ (151) které původní Feuerbachovu tezi (srov. např. Hall 1937: 169-70) limitující trestné činy na ty, za které zákon stanoví trest, obrací na hlavu.

³³⁷ Viz rozhovor J. Koliny s V. Henychem zveřejněný pod názvem *Hlas z vnitra k boji o Hrad: Ve věcech práva matematika neplatí* dne 24.11.2012 na serveru tyden.cz [21]. Celá kauza autora této práce sice perverzně „potěšila“ jakožto další příklad do tohoto patologického popisu, současně v něm ale vyvolala pocit neodbytné marnosti jeho vědeckého úsilí – jak argumentovat proti takovému zcela vážně míněné hlouposti, ba až klinické blbosti, je-li Švejk najednou vysokým státním úředníkem rozhodujícím o základních právech občanů?

Zde zbývá jenom dodat, že Nejvyšší správní soud posléze opravil pouze nejzásadnější pochybení spočívající v absurdním součtu procentuálních hodnot chybovosti dvou kontrolních vzorků. Zřejmě veden snahou vyhnout se nařčení ze soudního aktivismu (a také – to zcela legitimně – velmi restriktivním pojetím volebního soudnictví) však i zde volil velmi opatrnou a vůči Ministerstvu vnitra vstřícnou formulaci: „Soud připouští, že výklad předmětných ustanovení, zaujatý odpůrcem, nevybočuje z jejich jazykového znění.“ – Vol 11/2012 (Okamura), bod 53; „z jeho výlučně gramatického znění lze dovodit obě výkladové možnosti“ – Vol 12/2012 (Dlouhý), bod 39; „Jakkoliv Nejvyšší správní soud uznává, že výklad provedený v projednávaném případě Ministerstvem vnitra je z čistě jazykového hlediska možný, nemůže obstát při použití ostatních výkladových metod.“ – Vol 13/2012 (Bobošíková), bod 36; i disentuující menšina považuje tuto vadu za „triviální“ podrobněji se jí nevěnuje – srov. bod 69 odlišného stanoviska připojeného k rozhodnutí ve věci Vol 11/2012.

Z hlediska volebního soudnictví tak možná není příliš co Nejvyššímu správnímu soudu vyčítat. Z hlediska této práce a obecněji úsilí o odstranění nevhodného formalismu (zejména pak v Sobkem uváděné podobě „stupidity“) z právního provozu jde ale rozhodně o promarněnou příležitost.

Hra podle pravidel?

Chceme-li tedy nahlížet na formalismus v právu z české perspektivy, musíme k zahraničním inspiracím přistupovat velmi obezřetně, zvláště pak v případě používání tohoto pojmu jako kritické kategorie. S touto výhradou jsou však zahraniční úvahy velice užitečné, neboť ukazují na bytostnou souvislost formality či formalismu a práva bez ohledu na konkrétní kulturně-společenské okolnosti.

Dobrym východiskem našich úvah tak může být spojování práva a jeho formality s tím, že jde o „hru podle pravidel.“ Právě tímto obratem popisuje F. Schauer svůj (opatrně) formalistický přístup v samotném názvu své knihy *Playing by the Rules* (Schauer 1991). Řadí se tím do dávné právněfilosofické tradice, která v kritice formalismu vidí (zhoubnou) snahu o odpoutání práva od pravidel jako takových. Největší věhlas získala tato pozice v osobě H.L.A. Harta a v rámci jeho diskuse s L.L. Fullerem, které jsme se obsáhleji věnovali v první části této práce. Odhlédneme-li od jednotlivých terminologických nuancí, je základem tohoto přístupu teze, podle níž může být (někdy a u některých pravidel) jazykové vyjádření pravidla dostatečně jasné a srozumitelné na to, aby bylo možno toto pravidlo aplikovat takřka mechanicky, tedy „formalisticky.“ Právě proto ostatně lze pravidla jako taková považovat za základní stavební kámen právní regulace, jehož oslabování kritikou formalismu lze vnímat jako oslabování právního řádu a právní regulace vůbec. Velmi trefně tento aspekt ilustruje kritika dr. House ze stejnojmenného televizního seriálu, kterou vůči němu vznesl v deváté epizodě druhé série jeho kolega (a v tu chvíli dočasný nadřízený) dr. Foreman: „House pravidla neporušuje. On je ignoruje!“ I z těchto slov však vidíme, že spektrum možností je širší než jenom volba mezi přísným formalismem pravidel a naprostou anarchií, přičemž právě vztah k pravidlům zde hraje zásadní roli.

Věnujme se teď tedy prvnímu rysu pravidel, jak jej lze vyčíst z tezí výše zmíněné myšlenkové tradice – že tedy mohou být a přinejmenším v těch jazykově nejjednodušších případech i jsou významově jednoznačná, a tedy přímo mechanicky, bez rozmyslu aplikovatelná. Hartův příklad s vozidly v parku pro ilustraci tohoto rysu pravidel nevyhovuje již proto, že jej Hart sám zvolil právě tak, aby na něm mohl ilustrovat jak pevné „jádro,“ tak okolní „polostín“ významu, a to již

na úrovni jazyka. Mnohem vhodnějšími pro ilustraci možnosti významové (a tedy i aplikační) jednoznačnosti pravidel jsou jiná pravidla, například pravidla silničního provozu. Je-li pro jízdu v obci povolena rychlost nejvýše 50 km/h,³³⁸ nelze mít asi o významu tohoto pravidla sporu, jeho jakékoli porušení lze snadno objektivně prokázat a jeho dodržování prosazovat přiměřenými sankcemi. Zkušenosti řidičů ale často ukazují, že prosazování tohoto pravidla výrazně pokulhává – nebo je tak alespoň vnímáno. Nejde přitom pouze o zbytečně podrobnou a tudíž nejednoznačnou definici pojmu „obec“,³³⁹ ale i o samotnou objektivní a nespornou hodnotu 50 km/h – asi málokterá změna dopravních pravidel byla přijata s takovou nevolí jako zavedení tzv. bodového systému a s ním současné zpřísnění měření rychlosti, kdy najednou začalo být jako přestupek posuzováno i překročení nejvyšší povolené rychlosti o jediný kilometr za hodinu (při zohlednění kalibrované přesnosti měřicího zařízení). Jde přitom pouze o striktní dodržování zákonného pravidla – nebo snad ne?

Jiný názor projevil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 5 As 104/2008. V něm potvrdil rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem, který zrušil správní rozhodnutí o spáchání přestupku spočívajícího právě v drobném překročení nejvyšší povolené rychlosti v obci (se započtením odchylky měřicího zařízení šlo o rychlost

³³⁸ Srov. §18 odst. 4 zákona č. 361/2000 Sb. o silničním provozu: „V obci smí jet řidič rychlostí nejvýše 50 km.h⁻¹, a jde-li o dálnici nebo silnici pro motorová vozidla, nejvýše 80 km.h⁻¹.“

Zajímavý pokus absolvoval v tomto směru americký stát Montana, kde v letech 1995 až 1999 platilo jako obecné pravidlo nikoli číselné omezení rychlosti, ale příkaz jezdit „rozumně a obezřetně“ („*reasonable and prudent driving*“), které posléze zrušil tamní (státní) Nejvyšší soud. Schauer (2009: 16) to zmiňuje jako příklad nejednoznačného pravidla, protože „rozumná a obezřetná jízda“ znamená pro různé řidiče, ale i různé policisty či soudce, různé věci – výsledkem tak podle Schauera byla aplikační různorodost a nepřehlednost. Podrobněji se tomuto tématu věnují King a Sunstein, přičemž ale ze své studie nevyvozují žádné hlubší závěry – za zajímavé považují spíše detaily (King a Sunstein 1999: 157). Naopak jednoznačnou obhajobou tohoto obecného pravidla je studie Národního motoristického sdružení z roku 2001, která (místy zbytečně expresivním jazykem) dokládá přínosnost onoho základního pravidla pro bezpečnost na cestách (Dornsife 2001).

³³⁹ Podle §2 odst. 1 písm. cc) předmětného zákona platí, že „obec je zastavěné území, jehož začátek a konec je na pozemní komunikaci označen příslušnými dopravními značkami; na účelových komunikacích se značky neosazují.“ Je ale obec i nezastavěné území mezi příslušnými dopravními značkami? Zvláště mezi policisty, kteří na podobných úsecích s oblibou dodržování rychlosti měří, a řidiči, kteří se na rovině mezi křovinami a lukami rozjedou víc, než v městské zástavbě, panují v tomto směru setrvalé spory.

52 km/h) na přehledné výpadovce z města Chomutov. Krajský soud v Ústí nad Labem i Nejvyšší správní soud se přitom opřely o nenaplnění materiální stránky deliktu – vzhledem ke všem okolnostem dospěly k závěru, že posuzovaný skutek neměl ani nepatrnou společenskou nebezpečnost a tedy nebyl přestupkem. V tomto případě tak šlo o uplatnění zavedeného trestněprávního testu posuzujícího materiální stránku deliktu, tedy jeho společenskou nebezpečnost. Pro naše účely je přitom nerozhodné, jak velký prostor pro materiální posouzení ponechává formálně podrobné vymezení deliktu (zde přestupku překročení nejvyšší povolené rychlosti). Jde totiž pouze o hmotněprávní způsob identifikace onoho Hartova „polostínu“. Významnější je, že i v tak na pohled jednoznačných pravidlech lze alespoň náznak významového „polostínu“ nalézt.³⁴⁰

Na jiném příkladu se nám snad tato pointa ukáže ještě lépe. Když byl v roce 2011 na návštěvě Prahy tehdejší prezident Ruské federace Dimitrij Medveděv, málokdo si všiml jednoho detailu: během jeho návštěvy vlála na Pražském hradě vlajka Ruské federace při čelním pohledu od té české vlevo, tedy na „nejčestnějších místech“, které při současném vyvěšení více vlajek zákon č. 352/2001 Sb. o užívání státních symbolů vyhrazuje pro vlajku České republiky.³⁴¹ I vzhledem k bohaté fotodokumentaci této státní návštěvy však tato skutečnost neunikla bdělé „angažované občance“, která ji pro podezření ze spáchání správního deliktu podle §13a uvedeného zákona nahlásila na radnici Prahy 1.³⁴² Příslušný správní orgán

³⁴⁰ Jiný případ řešil jiný senát Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 As 183/2012. Zde řidič projel (ve směru od Ústí nad Labem) prakticky celou levobřežní částí Děčína, až byl po naměření rychlosti přesahující 100 km/h zastaven policejní hlídkou. Hájl se tím, že při své (noční) cestě nikde nemíjel příslušnou značku označující začátek obce, tudíž nemohl vědět, že se nachází v obci – ačkoli míjel zastávky MHD, restaurace, bary, obchody a osvětlené přechody pro chodce. Se svou námitkou neuspěl, na rozdíl od prvního zmiňovaného případu však zde byla skutková situace naprosto jednoznačná ve všech směrech (zastavěným územím obce jel řidič cca 5 km, překročení rychlosti bylo velmi významné, ...).

³⁴¹ Srov. jeho §8 odst. 1 písm. a):

„(1) Vyvěšují-li se se státní vlajkou současně státní vlajky jiných států, umístí se státní vlajka vždy na nejčestnější místo; to je z čelního pohledu na objekt (...) a) vlevo při vyvěšení 2 státních vlajek, (...).“

³⁴² K tomu srov. krátkou zprávu V. Křivky a M. Šenkýře na serveru lidovky.cz z 28. března 2012 s titulkem *Pražský hrad zaměnil vlajky, hrozí mu pokuta* [24]. Ve fotogalerii k tomuto článku je dobře vidět umístění vlajek na průčelí jedné z hradních budov, vedle vnitřních dveří na hradě, ale i na tiskové konferenci obou prezidentů s řadou střídajících se vlajek za nimi.

nicméně dospěl k závěru, že k porušení zákona nedošlo a případ odložil. Vyšel přitom z toho, že vedle zákonného ustanovení existuje i protichůdné pravidlo etikety přiznávající hostovi čestné místo po pravici hostitele – při čelním pohledu by tak v případě dodržení zákonného požadavku měli oba státníci za sebou cizí státní symbol.³⁴³ Zdánlivě (a z jazykově-významového hlediska) zcela jednoznačné zákonné pravidlo tak nebylo aplikováno. Nutno přitom říct, že zřejmě zcela správně – problematika státních symbolů je mnohem více věcí diplomatického protokolu a etikety než práva, a účelem předmětné zákonné úpravy zcela jistě není a nebylo pokutování Kanceláře prezidenta republiky za dodržování těchto mimoprávních pravidel, či nucení tohoto úřadu k protokolárním urážkám státních návštěv.

Přesto však platí, že oprostíme-li se od podrobností, máme zde případ neuplatnění jednoznačného zákonného pravidla na „snadný případ“ – skutečnost, že se porušení dopustil vrcholný státní úřad, by měla být spíše přitěžující než polehčující okolností.³⁴⁴ A přece – snad právě neochota uvěřit tomu, že by Kancelář prezidenta republiky, tedy úřad s velmi důkladnou znalostí etikety a diplomatického protokolu, svévolně porušil předpis právě v této oblasti, vedla příslušný správní orgán k tomu, že posuzování deliktů odpovědnosti věnoval pozornost přesahující pouhou aplikaci slov zákona, a tak dospěl k závěru, že jejich aplikace není na místě. Jinými slovy: před aplikací právního předpisu se orgán právo aplikující důkladně zamyslel. *The life of the law has not been logic...*

Zákonná pravidla a úcta vůči nim

S právem jakožto hrou podle pravidel nicméně souvisí i další okolnost, kterou je jistá úcta k těmto zákonným pravidlům jakožto legitimnímu apriornímu

³⁴³ Srov. další zprávu na serveru lidovky.cz, tentokrát zprávu V. Křivky z 21. května 2012 s titulkem *Ruská vlajka na čestném místě. Hrad vyvázne bez pokuty* [25]. Tato správa rovněž cituje odborníka na etiketu L. Špačka, podle kterého se tato okolnost obvykle řeší vyvěšením řady střídajících se vlajek – právě tak, jako na tiskové konferenci zmiňované v předešlé poznámce.

³⁴⁴ Právě tak přitížilo Správě NP Šumava v očích České inspekce životního prostředí její „specifické postavení“ v oblasti ochrany přírody při posuzování závažnosti protiprávního konání spočívajícího v tzv. zásazích proti kůrovci (srov. článek P. Barocha na serveru aktuálně.cz nazvaný *Tajná zpráva: Proč dostal park Šumava pokutu 450 tisíc* [4]. V době psaní této práce však bylo toto rozhodnutí stále nepravomocné a neveřejné.

rozhodnutí o uspořádání společenských vztahů. Nejvíce je samozřejmě patrna v přístupu amerických originalistů v čele s A. Scaliou, nicméně velmi výrazná je i v dílech jiných soudobých obhájců formalismu v právu, zejména u F. Schauera a B. Tamanahy – jak jsme ostatně již naznačili v první části této práce. Jejich základní přístup tak lze shrnout tezí, dle které je potřeba brát vážně nejen práva (jak hlásá R. Dworkin), ale také pravidla (Schauer 2009: 35). Zamyslíme-li se nad touto tezí důkladně, je vlastně vyjádřením dvojího formalismu – nebo také formalismu rigorózního, chcete-li. V první řadě jde o formalismus ve vztahu k základním kamenům právní regulace, který na výsadní pozici staví právě jeden z jejich typů, tedy konkrétně pravidla. V tomto směru je podobný přístupu, kterému jsme se věnovali výše, či jej dokonce zahrnuje. Dodává k němu však i jiný typ formalismu, a to formalismus ve vztahu k pravidlům jako takovým. To proto, že do výsadní pozice staví právě pravidla právní, tedy pravidla vzniklá právem upraveným a tedy formalizovaným postupem. Právě k těmto pravidlům chová tento přístup onu zvláštní úctu, která se projevuje tím, že je dodržuje i v případech, že vedou ke zcela nezamýšleným závěrům. Například i Radbruchova formule je tak jenom jedním z mnoha opatrných pokusů o sebezáchovný únik z železného objetí právních pravidel. Proč se ovšem k právním pravidlům chová taková úcta? Inu proto, že to jsou pravidla vzniklá podle apriorních postupů, které jim poskytují legitimitu upravovat jednání příslušníků daného politického společenství.

Teoreticky je tento přístup jenom stěží zpochybnitelný, nechceme-li současně zpochybnit demokratické vládnutí jako takové. Odhlédneme-li však od vznešené teorie a podíváme-li se na konkrétní praxi, nezpochybnitelnost legitimizace právních pravidel založená na způsobu jejich vzniku se poněkud rozplývá. Podívejme se na několik příkladů z praxe posledních let:

Když čeští zákonodárci schválili zákon č. 180/2005 Sb. o podpoře využívání obnovitelných zdrojů s omezením meziročního poklesu garantovaných výkupních cen na nejvýše 5 %, které se posléze ukázalo být neúnosně svazující,³⁴⁵ bylo možno

³⁴⁵ Srov. článek B. Bechníka z 24.8.2009 (tedy z doby ještě před propuknutím aféry se solárními elektrárnami) nazvaný *Lze očekávat výrazný pokles výkupních cen elektřiny z fotovoltaických elektráren pro rok 2010?* [5].

tuto – jak se později ukázalo – chybu přičítat složité a zákonodárcům neznámé problematice. Co si však myslet o zákonodárném sboru, jehož členové jsou překvapeni tím, jak moc svým legislativním aktem snížili své vlastní příjmy?³⁴⁶ Přitom nelze říct, že by takovýto „ležerní“ přístup byl výsadou českých zákonodárců – v době psaní této práce proběhla i českými médii zpráva o německém zákonu, který obcím umožňuje prodávat osobní údaje občanů soukromým subjektům, a který Bundestag schválil za přítomnosti zhruba dvaceti poslanců (tedy zhruba 3 % z celkem 620).³⁴⁷

Notorickou známost mají v českém prostředí tzv. přílepky neboli novelizace věcně nesouvisejících zákonů nově přijímaným zákonem, přičemž tyto změny se často k projednávanému návrhu zákona připojují teprve ve druhém sněmovním čtení jako pozměňovací návrhy předložené poslanci nebo parlamentními výbory. Průlomovým nálezem sp. zn. Pl. ÚS 77/06 z února 2007 z pera zpravodajkyně E. Wagnerové sice Ústavní soud tuto praxi označil za protiústavní, v další judikatuře však z této ostré pozice poněkud ustoupil.³⁴⁸

Jiná, přesto v tomto směru nikoli nevýznamná je situace v případě sekundárního evropského práva. Možnost tzv. přílepků je zde takřka znemožněna specifiky zákonodárného procesu Evropské unie (monopol Komise na legislativní iniciativu, spolurozhodování Rady a Parlamentu o návrzích sekundárních právních předpisů, v rámci Parlamentu větší důraz na roli klubů neboli politických skupin než

K tomu, jak se do zákona dostalo ono svazující omezení, srov. článek V. Krause z 6.3.2010 zveřejněný na serveru Neviditelný pes pod názvem *EKONOMIKA: Výkupní cena fotovoltaiické elektřiny* [23].

³⁴⁶ Srov. článek ČTK z 10.2.2011 zveřejněný na serveru aktuálně.cz pod názvem *Kalousek rozladil poslance, náhrady měnit nehodlá* [8]. Tuto svou „chybu“ však Parlament následně „napravil“, byť opět legislativně a ústavněprávně pochybným způsobem – srov. Kokeš 2013.

³⁴⁷ Srov. článek L. Suché na serveru idnes.cz z 10.7.2012 nazvaný *Dvacet poslanců prodalo osobní data všech Němců za necelou minutu* [37].

³⁴⁸ Výrazně například v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/07 o tzv. Topolánkově reformním batohu (resp. jeho části), kde jako ústavně konformní aproboval předložení (neodůvodněného) komplexního pozměňovacího návrhu poslance (a předsedy vlády) M. Topolánka v rozsahu přes 30 stran, tj. zhruba jedné třetiny původního legislativního návrhu. K tomu srov. zejména odlišné stanovisko soudců Musila a Rychetského (body 4 a 5), k ústupu od odmítání tzv. přílepků srov. odlišné stanovisko soudkyně Wagnerové (body 15 až 18). Na skutečnost, že se v tomto případě „nehrálo podle pravidel“, upozorňuje ve svém disentu soudce Duchoň (body 3 a 4). K pozměňovacím návrhům poslance a premiéra Topolánka srov. také článek J. Chýly na serveru Neviditelný pes z 12.3.2008 nazvaný *PRÁVO: Pecunia non olet* [17].

jednotlivých poslanců atd.), přesto také evropský legislativní proces produkuje i normy, o jejichž původu nemají jasno ani zkušení zákonodárci – viz například takzvaný zákaz klasických žárovek zavedený nařízením Komise (ES) č. 244/2009, které implementuje směrnici Parlamentu a Rady 2005/32/ES o ekodizajnu, a k němu zcela zavádějící blog dlouholetého europoslance ODS H. Fajmona na toto téma³⁴⁹ a reakci L. Macka s podrobným popisem procesu vedoucího k přijetí tohoto nařízení.³⁵⁰

Zcela bizarní, nikoli však ojedinělé jsou pak případy takřka absurdních výsledků legislativního procesu. Z nedávné doby je veřejnosti znám případ společnosti Ježek software, s.r.o., která i soudně brojila proti odvádění pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti za období prvního pololetí roku 2007, během kterého příslušný zákon³⁵¹ v tehdy účinném znění neobsahoval definici vyměřovacího základu pro tyto platby v případě organizace a malé organizace. Příjmovou katastrofu pro systém sociálního zabezpečení odvrátil rozsudek Nejvyššího správního soudu,³⁵² posléze potvrzený usnesením Ústavního soudu,³⁵³ a to dosti přesvědčivou argumentací zaměřenou na skutečnost, že z žádné novelizace předmětného zákona nelze dovodit zrušení dané odvodové povinnosti, a na možnost dovození chybějící definice z jiných ustanovení onoho zákona. Přesto však stěží obстоjí tvrzení, že zde bylo jednoznačné a nezpochybnitelné právní pravidlo, které bylo nutno dodržovat³⁵⁴ – ze staré maximy „*dura lex, sed lex*“ se v tomto případě tvrdost zákona naprosto vytratila a ten se z

³⁴⁹ Blog H. Fajmona ze 4.1.2011 s názvem *Taky Vám schází světlo z klasických žárovek? Bude to ještě horší!* [11].

³⁵⁰ Blok L. Macka ze 6.1.2011 s názvem *Při manipulaci s žárovkami se člověk snadno spálí, pane Fajmone...* [27]. Lukáš Macek je akademik působící na univerzitě Sciences Po ve Francii.

³⁵¹ Zákon č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení. S účinností od 1.3.2007 příslušnou definici obsahovalo nařízení vlády č. 39/2007 Sb., jeho zákonnost byla ovšem rovněž zpochybněna.

³⁵² Rozsudek ze dne 25.2.2010 ve věci sp. zn. 4 Ads 120/2009.

³⁵³ Usnesení ze dne 19.6.2012 ve věci sp. zn. I. ÚS 1904/10.

³⁵⁴ Je spíše nutno přisvědčit vyjádřené společnosti Ježek Software, dle které „kdyby bylo znění zákona správné, nebylo by jej třeba novelizovat, jak to vláda po našem upozornění udělala“ (dle článku F. Horáčka z 23.7.2012 ze serveru idnes.cz s názvem *Ježek software prohrála spor o chybný zákon. Pojistné se platit muselo* [16]).

kamene stal tvarohem.³⁵⁵ Produkuje-li legislativní proces právní předpisy s podobnými přehmaty v oblasti fiskální,³⁵⁶ tedy v oblasti nejvlastnějšího majetkového zájmu státu, lze vůbec mít k zákonným pravidlům onu úctu, kterou Schauerův či Tamanahův přístup předpokládá?

Snad nejzrůdnějším příkladem obsahově a do značné míry i formálně nezvládnuté novelizace důležitého právního předpisu je pak zavedení Centrálního depozitáře a zrušení Střediska cenných papírů zákonem o podnikání na kapitálovém trhu a na něj navazujícím novelizačním zákonem.³⁵⁷ V § 202 prvního zmiňovaného zákona se „[d]o doby, než centrální depozitář převezme evidenci zaknihovaných a imobilizovaných cenných papírů vedenou Střediskem cenných papírů,“ zavádí jakási dočasná neúčinnost (neaplikovatelnost) „ustanovení tohoto zákona upravující[ch] činnost centrálního depozitáře,“ a naopak jakási prodloužená účinnost či aplikovatelnost „dosavadního zákona“ (zřejmě zákona č. 591/1992 o cenných papírech), jehož příslušná ustanovení přitom souběžně přijatý (druhý zmiňovaný) novelizační zákon³⁵⁸ ve své první části, zejména v čl. I bod 46, zrušil. Postupovat se tak mělo podle formálně zrušených ustanovení zákona, a to navíc po blíže nespecifikované době.³⁵⁹

³⁵⁵ Připomeňme nicméně, že i ve staré pohádce sloužila záměna kamene za tvaroh na obelhání zlého obra a ne chudého krejčího.

³⁵⁶ Aniž bychom zacházeli do podrobností a rozdílů daní a jiných povinných plateb, považujeme pro názornost tzv. sociální odvody jakožto příjmy veřejných rozpočtů za součást fisku. Že přitom nejde zdaleka o ojedinělý případ, dokládá pohledem do daňového řádu (zákon č. 280/2009 Sb.) P. Holländer – umožňuje-li zákon prominutí daně v případech tzv. důvodů nesrovnalostí vyplývajících z uplatňování daňových zákonů (§§259 a 260 daňového řádu), jde podle něj o uznání „dekonstrukce práva ze strany zákonodárce“ (Holländer 2013: 15).

³⁵⁷ Zákon č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu a zákon č. 257/2004 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o podnikání na kapitálovém trhu, zákona o kolektivním investování a zákona o dluhopisech, oba ze dne 14.4.2004 a s nabytím účinnosti „dnem vstupu smlouvy o přistoupení České republiky k Evropské unii v platnost,“ tedy 1.5.2004.

³⁵⁸ Pro ilustraci zmatečnosti tohoto procesu připomeňme, že ačkoli byl na účely novelizace souvisejících předpisů přijat tento zvláštní zákon, obsahuje i samotný zákon o kapitálovém trhu (ve svém §205) novelizační ustanovení – konkrétně ustanovení o zrušení dvou zákonů (zákona o burze cenných papírů a jeho novelizace (sic!) z roku 2000) a 12 vyhlášek. Nepřekvapí proto, že „novelizační“ zákon č. 257/2004 byl k datu sepsání této práce již devětkrát sám novelizován, a to i zrušením celých jeho částí včetně právě části první pojednávající o novelizaci zákona o cenných papírech.

³⁵⁹ SCP převedlo svou agendu na Centrální depozitář až k 2.6.2010, tedy více než šest let po nabytí účinnosti zákona o podnikání na kapitálovém trhu, který toto provizorium zavedl – viz správu na

Zatímním vrcholem je nicméně v této oblasti zjištění, že Poslanecká sněmovna postoupila Senátu jiné než schválené znění návrhu zákona, přičemž ovšem dle vyjádření její předsedkyně „na tom svůj díl viny má Ministerstvo životního prostředí, které text novely před odesláním do Senátu kontrolovalo.“³⁶⁰ Poslanecká sněmovna tak zřejmě už ani sama necítí za svou legislativní produkci plnou odpovědnost. Je přitom chvályhodné, že zde je snaha o zapojení (v tomto případě ministerských) odborníků do legislativního procesu i nad rámec jeho formálních či formalizovaných požadavků – stěží to ale může vést k oslabování odpovědnosti parlamentní komory za její vlastní rozhodovací činnost, potažmo formální zachycení této činnosti.

Jenom na okraj a na závěr tohoto malého panoptika zmiňme překotné a neutichající změny základních předpisů českého právního řádu, které jsou i pro laické oko jeho snad nejviditelnějším rysem zpochybňujícím aureolu pevných pravidel, z níž by měla úcta k nim vycházet.³⁶¹ Tento dojem pak jenom zesiluje skutečnost, že se tyto změny odehrávají v kontextu nevybíravého politického boje a (navíc často i oprávněného) zpochybňování ústavnosti mnoha nových pravidel, jakož i v kontextu výše zmiňovaných legislativních potíží.

webových stránkách Ministerstva financí ČR [29]. Podrobnostem o tomto složitém období se zde ale věnovat nebudeme.

³⁶⁰ Viz článek ČTK s názvem *Sněmovna udělala chybu, v novele o odpadech je úleva pro solárníky*, zveřejněný dne 26.3.2013 na serveru novinky.cz [9]. Dodejme, že chyba nespočívá v vypuštění ustanovení, jehož vypuštění Poslanecká sněmovna schválila, ale naopak ve vložení nového ustanovení do předložené novely, které Poslanecká sněmovna neschválila (6. volební období, sněmovní tisk 730). Přílišnou horlivostí sněmovní administrativy při závěrečné redakci zákona přijatého ve třetím čtení před jeho odesláním do Senátu se přitom již jednou zabýval i Ústavní soud. Nálezem ve věci sp. zn. Pl. ÚS 23/04 na návrh skupiny senátorů nezrušil zákon, který byl Senátu postoupen v jiném než Poslaneckou sněmovnou schváleném znění. Situace však byla dosti jiná: Senát si odlišností (bylo jich celkem 13, z toho ovšem pouze jedna skutečně normativně zásadní) všiml v rámci projednávání a vyžádal si znění správné, předseda Poslanecké sněmovny mu následně postoupil znění bez té jedné významné odlišnosti (zbylé zůstaly jakožto legislativně-technické opravy), a Senát se tím postoupeným zněním meritorně zabýval u vědomí toho, že a jaké odlišnosti obsahuje. Právě kvůli takto zřetelně projevené vůli komory (a také proto, že neodstraněné změny skutečně nebyly normativně významné) Ústavní soud zákon nezrušil – neopomněl ale dodat, že tato oblast je jednou z těch, které by měl upravovat tzv. stykový zákon, který dosud (což platí pořád) nebyl přijat. Za upozornění na tento nálezh děkuji Janu Wintrovi.

³⁶¹ Že nejde pouze o stesk odborné veřejnosti, lze doložit např. novinovým článkem J. Gintera a J. Svobody z 1.11.2012 pod názvem *Novelizace novel aneb Češi se ztrácejí v nesmyslných zákonech* [12].

Za společný znak podstatné části, ne-li všech zmiňovaných problémů, které tak či onak spoluutvářejí obraz „formalismu“ v českém právním prostředí, lze při důkladném promyšlení označit jeden jejich aspekt: jistou zapouzdřenost, (a-)kontextuální omezenost, či přímo vakuovanost³⁶² přemýšlení o právních otázkách. Naprosto trefnou paralelou takovéhoho přístupu v soudobé populární kultuře jsou některé rysy postavy Sheldona z komediálního seriálu *Teorie velkého třesku*. Nejlépe to ilustruje scéna z jedenácté epizody třetí série tohoto seriálu, v níž Sheldon přichází za svým (uraženým) spolubydlícím Leonardem do jeho pokoje se zdánlivě utěšujícími slovy „udělal jsem čaj, Leonarde.“ Ten odpovídá „Já nechci čaj,“ na což Sheldon reaguje takřka nechápavě slovy „Neudělal jsem čaj pro tebe. Tohle je můj čaj.“³⁶³ Tedy reaguje sice naprosto logicky, jeho reakce však zcela pomíjí jak situační a sociální kontext, tak obvyklý význam nikoli jednotlivých slov, ale celého vyjádření.

Lze se proto oprávněně domnívat, že prostý pohled na právo jako „hru podle pravidel“ je do značné míry nepřiléhavý reálným zkušenostem. Neplatí to přitom pouze v českém prostředí, na které se výše zmiňované příklady zaměřovaly, ale, jak je již z nich patrné, lze tuto tezi aplikovat poněkud obecněji. Přesto však svou další pozornost zaměříme právě na české prostředí: jak jsme již ostatně uvedli, největší potíže s formalismem v právu jsou konec-konců spjaty spíše s jeho praktickými ohledy a důsledky než s jeho obecně-teoretickým zdůvodňováním. Ambice této práce nicméně teoretické jsou, a proto se v našem dalším zkoumání bude obecná a partikulární rovina prolínat.

³⁶² Ve své monografii o insolvenčním právu pojmem „vakuová analýza“ Tomáš Richter v nadsázce označuje takovou analýzu, která „přijímá právní pravidla vyhlášená Parlamentem jako danost a vykládá a aplikuje je, jako by existovala ve vakuu, tedy bez souvislosti s lidským chováním, které mají regulovat, motivovat či usnadňovat“ (Richter 2008: 66).

³⁶³ Celou scénku lze shlédnout také na serveru *youtube* [41].

18. Formalismus při uplatňování veřejné moci

Zřejmě nejběžnější oblastí právního provozu,³⁶⁴ se kterou bývá právní formalismus spojován, je oblast aplikace práva při uplatňování veřejné moci, tedy při rozhodování ve veřejné správě a soudnictví. I naše úvaha o konkrétním místě formalismu v právu tak začne zde. Nebudeme se přitom zabývat jednotlivými metodami interpretace práva – jednak na to zde není prostor, jednak by to v českém prostředí bylo do značné míry nošením dříví do lesa.³⁶⁵ Náš přístup proto bude obecnější a spíše než konkrétním metodám se bude věnovat abstraktnějším přístupům, jimiž by jednotlivé metody měly být prodchnuty.

První otázkou k zamyšlení zde je, zda má v právu místo jistá úcta vůči „formě“, jak jsme ji identifikovali v recentních dílech Tamanahy či Schauera. I sám Schauer přitom v nedávné době vyjádřil spíše opatrný postoj, když řekl, že právní formalismus je obhajitelný ne jako nástroj na popírání možnosti volby, ale jako uznání možnosti a někdy i vhodnosti usměrňování a omezování volby přesným textem – tedy vlastně jako „objektivita.“³⁶⁶ Nejinak je tomu přitom i na pomyslné druhé straně – spíše kriticky zaměřená skotská učebnice jurisprudence konstatuje, že ačkoli formalismus ve své extrémní podobě předkládá obraz práva jako

³⁶⁴ Inspirujeme se zde Llewellynovými „law-jobs“ a jinými novotvory. Záměrem je vyjádřit skutečnost, že nám jde o jistou výšeč různých ohledů „fungování“ práva, aniž bychom použitým termínem zasahovali do zavedené terminologie právní vědy. Podobně používá F. Zoulík ve svých skriptech určených studentům jiných než právnických fakult pojem „realizace práva“ jako zastřešující termín pro „uskutečňování toho, co normy stanoví“ (Zoulík 2011: 78an.).

³⁶⁵ Již takřka klasikou je Melzerova učebnice *Metodologie nalézání práva* (druhé vydání Melzer 2011), čerstvou novinkou je monografie J. Wintra na podobné téma (Wintr 2013), různým dílčím otázkám se věnuje taktéž kolektivní monografie Katedry teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy (Gerloch 2012).

³⁶⁶ Schauer doslova říká toto: „Legal formalism is defensible not when it is the instrument for denying the extent to which a judge is exercising a genuine choice – when it treats choice as compulsion, as in Justice Peckham's opinion in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 53 (1905) – but when it recognizes that guidance and constraint by precise language is often possible and sometimes desirable. In this latter sense, what some call ‚formalism‘ others would label ‚objectivity.‘“ (Schauer 2008: 1116). Posouzení toho, nakolik je ztotožňování formalismu a objektivitu přiléhavé, ponechme na čtenáři, i v případě méně argumentačně vycizelovaných postojů stavících se proti „antiformalismu“ je však takový přístup typický.

uzavřeného samorozhodovacího systému a tedy uskutečnění Hayekova ideálu vlády práva,³⁶⁷ ve skutečnosti potřebujeme jak rigiditu povinnosti a postupování podle pravidel, tak pružnou možnost vykročit z jejich rámce a přehodnotit je (Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 96, 40).

Veitch kromě toho zdůrazňuje ještě jednu věc: právem se povětšinou řídíme jaksi mechanicky, bezmyšlenkovitě, a postupujeme podle pravidel prostě proto, že to jsou pravidla. Musíme však být připraveni vykročit pryč z tohoto strojového modu, je-li to potřeba.³⁶⁸ Tato zjevná inspirace Heideggerovou a Lévinasovou filosofií však hřeší na jeden podstatný detail: zatímco Heideggerovo neautentické bytí charakterizuje ³⁶⁹ nepřevzetí odpovědnosti za *vlastní* bytí v jeho úplnosti, mechanická, „neautentická“³⁷⁰ aplikace práva se obvykle bytí či právních poměrů onoho subjektu, který právo takto „neautenticky“ aplikuje, vůbec nedotýká. A ve sféře odpovědnosti je tomu dokonce úplně obráceně, neboť subjekt či orgán mechanicky, „neautenticky“ aplikující právo odpovědnost inherentně má – a to odpovědnost za rozhodování o právních poměrech jiných subjektů práva. „Neautentickou“ aplikací práva tuto odpovědnost leda tak zastírá či zamlžuje. Veitchův popis se tak může vztahovat na běžný život člověka nenadaného mocí rozhodovat o právních poměrech jiných, stěží je ale přiléhavý v námi zkoumané oblasti aplikace práva ve veřejné správě a soudnictví. Ostatně i Schauer připisuje svému pojetí formalismu ctnost uměřenosti, která má být protikladem arogance, ne

³⁶⁷ V *Cestě do otroctví* (jak zní angažovaně nepřesný český překlad názvu jeho knihy *Road to Serfdom*) Hayek říká: „Nejnápadnější rozdíl mezi svobodnou zemí a zemí s autoritářskou vládou spočívá v tom, že ve svobodné zemi se dodržují zásadní principy, kterým se souhrnně říká vláda práva. Myslí se tím, řečeno zcela prostě, že vládní moc je ve všem, co dělá, vázána předem danými a známými pravidly – která člověku umožňují se značnou jistotou předpovídat, jak bude vláda v dané situaci uplatňovat své donucovací prostředky, a na základě toho plánovat své osobní záležitosti.“ (Hayek 2008: 75).

³⁶⁸ Veitch to říká takto: „We might think of legality as being a system where by and large people act in a machine-like way, following the rules blindly, precisely because they are the rules. However, they are always ready when appropriate, to move from that machine-like mode and act from careful examination of what to do. So we do not think about the law until, and when, we have to.“ (Veitch, Christodoulidis a Farmer 2007: 40).

³⁶⁹ Vulgarizujeme zde Heideggera z *Bytí a času* tak, aby jeho teze byly srozumitelné i čtenářům této práce bez důkladnějšího vzdělání v oblasti moderní filosofie.

³⁷⁰ Tento pojem odkazuje právě a jenom na paralelu s Heideggerovou filosofií, rozhodně nemá žádnou souvislost s tím, co se za autentické považuje v terminologii teorie práva (jako např. autentický výklad právní normy samotným normotvůrcem). Proto ty uvozovky.

však odpovědnosti: uměřené „to není moje věc“ se má týkat tzv. extralegálních okolností a vlivů, ne však samotného rozhodování – tam naopak od subjektů nadaných rozhodovací pravomocí očekáváme, že se rozhodování v mezích svých pravomocí zhostí s plnou odpovědností (Schauer 1988: 543-4).

Uvědomělá aplikace práva

Oklikou přes Heideggerovu filosofii jsme se tak dostali k prvnímu rysu, který by pro aplikaci práva ve veřejné správě a soudnictví měl být charakteristický: tato aplikace by měla být ve shora uvedeném smyslu „autentická“, tedy měla by plně zohledňovat „to, oč běží“, ono francouzské „enjeu“, zejména pak to, zda a jaké má důsledky pro právní (či faktické) postavení subjektů práva.³⁷¹

Nepřípustná je tak bezmyšlenkovitá aplikace textu zákona bez adekvátní vazby na účel, který právní úprava sleduje, potažmo oprávněné zájmy dotčených subjektů práva. Velmi ostře to vyjádřil například Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci 1 As 30/2008 (v bodu 18): „Právo, nahlížené výkladem, který zastává stěžovatel, se stává atomizovaným souborem právních norem, z něhož se vytrácejí jakékoliv hodnoty a principy a úcta k lidskému jednotlivci. Tento výklad je tak v rozporu se základní maximou české ústavy, podle níž státní moc slouží všem občanům (čl. 2 odst. 3 Ústavy), odnímá právu jakýkoliv společenský účel, a namísto toho se právní normy stávají samoučelnými.“

K související otázce účelnosti práva a jeho aplikace se Nejvyšší správní soud vyjádřil v rozsudku věci sp. zn. 1 Ans 2/2008 (na závěr části III/c) rovněž velmi ostře: „Výklad práva je v tomto smyslu nutno činit tak, aby reflektoval potřeby ekonomické a společenské reality a nikoliv naopak, tedy že ekonomická a společenská realita toliko slouží potřebám práva, jeho formalit a musí se proto podřídít přirozeným tendencím orgánů veřejné moci o maximální usnadnění rozhodovacího procesu.“

Tento přístup tedy vylučuje bezmyšlenkovitou mechanickou aplikaci právních pravidel, či dokonce jejich aplikaci zcela podřízenou potřebám (a „pohodlí“)

³⁷¹ V souvislosti s rozsudkem pro zmeškání to kupříkladu zdůrazňuje i český Ústavní soud – srov. náleze ve věci sp. zn. III. ÚS 428/04.

příslušného orgánu veřejné moci, nevylučuje však jakoukoli mechanickou či mechanizovanou aplikaci práva. Příkladem budiž rozhodování rektorátu UK o opravných prostředcích proti vyměřeným studijním poplatkům – spíše mechanický přístup je zde aplikován záměrně, je vynucen již množstvím těchto rozhodnutí, které musí příslušný odbor rektorátu vydávat,³⁷² a opírá se o relativně jasně vymezené možné důvody snížení poplatkové povinnosti.³⁷³ Jde tedy o uplatnění byrokratizace – tedy přechod z osobního na institucionalizované rozhodování. Ostatně jak známo, právě byrokratizace a tedy zavedení jistého odstupu mezi osobou, která rozhoduje, a osobou, o niž se rozhoduje, vůbec umožňuje fungování moderní společnosti jako takové – připomeňme jenom Weberovy úvahy zmiňované v první části této práce.

Právo jako omezení moci

Byrokratická povaha výkonu veřejné moci má přitom i jiné konotace, které výše uvedené teze výrazně rozšiřují a přetvářejí. Tou nejzákladnější je samotná povaha vztahu výkonu veřejné moci a psaného práva, vyjádřená v českém kontextu na ústavní úrovni dokonce duplicitně: v čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny. Tento poměr je zde na obou místech pregnantně vyjádřen tak, že „státní moc lze vykonávat pouze v *mezích* stanovených zákonem.“³⁷⁴ Právě toto *omezení* výkonu veřejné moci (psaným) právem³⁷⁵ je oním nejvlastnějším základem jejich vztahu v demokratické společnosti. To lze ilustrovat i příklady – tím nejstarším budiž Zákon XII desek, který si jakožto formalizaci zvykového práva v zájmu omezení rozhodovací diskrece

³⁷² Dle informací autora této práce pocházejících od vedení univerzity jde o jednotky až desítky tisíc rozhodnutí ročně, navíc vydávaných spíše v nárazových vlnách než postupně.

³⁷³ Srov. opatření rektora UK č. 9/2012.

³⁷⁴ Drobné formulační odlišnosti obou ustanovení nejsou z našeho hlediska podstatné.

³⁷⁵ K tomu srov. podrobný popis limitace výkonu moci zákonem v českém prostředí v komentáři K. Klímy (2009: 70an.) a teoreticky fundovaný výklad komentáře E. Wagnerové (2012: 86an.) zdůrazňující, že toto omezení nelze ztotožňovat s příkazem „k dodržování pouhé formální legality“ (87).

vládnoucích patricijů vynutili³⁷⁶ již v 5. století před Kristem římsští plebejové,³⁷⁷ příkladem nejnovějším předvolební plakát kandidáta na senátora (v senátních volbách 2012) S. Křečka, na němž sděluje, že „právo je tu proto, aby mocní nemohli vše.“

Právě formalizace právních pravidel prostřednictvím jejich sepsání, tedy zachycení v jazykové podobě, je první a základní složkou omezení veřejné moci. V první části této práce jsme sice viděli, že spory o to, nakolik mohou být pravidla výkladově jednoznačná, jsou trvalou součástí diskuse o formalismu, a i na začátku této části jsme jakousi úctu vůči formalizovaným pravidlům zpochybnili – přesto a bez ohledu na to, jak různý výklad může být s právními pravidly spojován, je omezením veřejné moci již samotná forma práva.³⁷⁸ Toto omezení je přitom dvojího typu: jednak materiální (tedy omezení co do vlastního výkonu pravomocí), jednak argumentační (tedy nutnost vypořádat se v odůvodnění rozhodnutí s existencí pravidel a jejich výkladem). Ostatně proto, jak jsme viděli výše, se na té straně diskuse o formalismu, kterou bychom mohli nazvat jeho kritikou, obvykle³⁷⁹

³⁷⁶ Sokol (2007: 174) zdůrazňuje, že jde o první dokument svého druhu, který vznikl vyjednáváním (včetně plebejské obstrukce či stávk) a má tedy profánní charakter. K tomu dodejme, že za značně sekulární lze považovat již zákony Solónovy, které byly otevřenou inspirací pro tento římský kodex – jeho sepsání předcházelo vyslání tříčlenné delegace do Atén, která měla pořídit opis těchto zákonů (Skřejpek 2004: 27). Vernant (1995: 38an.) nicméně spatřuje význam řecké kodifikace zejména v tom, že se zákony vyňaly z interpretačního monopolu králů a vystavily se veřejné diskusi. Omezení výkonu veřejné moci tak zde bylo spíše implicitním důsledkem sepsání práva (souvisejícího se zrodem sekularizovaného racionálního myšlení a řeči) než jeho přímou motivací, jak tomu bylo v případě Zákona XII desek.

³⁷⁷ K zákonu XII. desek srov. Bartošek 1995: 236-7, Kincl et al. 1995: 15, Skřejpek 2004: 27an., Skřejpek 1999 *passim.*, Sokol 2007: 174-6. Obvyklým zdrojem informací o vzniku této kodifikace jsou Liviovy Dějiny (Livius 1971: kniha III), stěží však dosahují poutavosti přednášky prof. Skřejpka na toto téma, při níž „generace studentů právnických fakult tají dech“ (těmito slovy popisuje ve vztahu k jinému tématu Jan Witr pedagogický a propedeutický přínos výuky římského práva (Witr 2006:14)).

³⁷⁸ Jan Sokol k tomu hned v první kapitole své knihy o společenských institucích věnované právu píše, že právo „[z]e své povahy (...) omezuje zpravidla jednání lidí rozpínavých a ‚silných,‘ kteří by chtěli druhé ovládat, kdežto chrání ty, které něco takového ani nenapadne, například proto, že jsou slabší. Jako cokoli jiného lze sice i právo zneužít jako nástroj útisku, pro tuto funkci se ale ani za těchto okolností příliš nehodí. Vzhledem ke své obecnosti je dokonce i zneužití právo méně účinné než klasické nástroje moci (...)“ a s odkazem na Radbrucha dodává že „ať je obsah práva jakýkoli, sama forma práva slouží vždycky právě slabším a utlačovaným“ (Sokol 2007: 145).

³⁷⁹ Výjimkou jsou utopie, které se zejména v oblasti Kritických právních studií vyskytují dodnes. Méně extrémní teorií, která se ale přesto pokouší myslet právo „úplně jinak,“ je ale například i dílo námi zmiňovaného Roberta M. Ungera.

nezpochybňuje existence ani bytostný význam pravidel (ač to kritikům formalismu bývá podsouváno).

Má-li ale (psané) právo výkon veřejné moci omezovat, nemůže toto omezení současně podléhat z hlediska svého obsahu či interpretace libovůli. Ostatně právě jako „pojistku proti výkonu libovůle ze strany veřejné moci“ popisuje příslušné ustanovení Listiny v komentáři k ní i E. Wagnerová.³⁸⁰ Jak je již uvedeno výše, nemá tato práce ambici podrobněji se věnovat problematice interpretace práva a jejích metod – odkážme proto opět alespoň na skvělou práci F. Melzera (Melzer 2011). Z hlediska této práce je významnější popis jistých „přístupů,“ které by měly interpretací práva při jeho aplikaci „prozařovat“ (podobně jako ústavněprávní zásady mají prozařovat právem nižší právní síly),³⁸¹ a to navíc spíše v podobě povrchního výčtu než podrobné analýzy.

Elementární zásady interpretace práva při jeho aplikaci veřejnou mocí

Jaké zásady by tedy měly ovládat přístup k interpretaci práva jakožto omezení veřejné moci v demokratickém právním státě?³⁸²

Na první upozorňuje hned na úvod komentáře k čl. 2 odst. 2 Listiny i E. Wagnerová, když odkazuje na „ústavní pandán“ komentovaného ustanovení, podle kterého je základním účelem výkonu moci služba občanům (Wagnerová 2012: 87). Tento účel je v českém kontextu výslovně uveden i na úrovni podústavního práva, a to v první větě §4 odst. 1 správního řádu – „veřejná správa je službou veřejnosti.“³⁸³

³⁸⁰ Přesná citace zní takto: „Komentované ustanovení je základní pojistkou proti výkonu libovůle (zvůle) ve vztahu k osobám ze strany státní moci, lépe ze strany veškeré veřejné moci, která je od státu odvozená.“ (Wagnerová 2012: 87). Formálně správná citace uvedená v textu by tak měla vypadat takto: „[pojistku] proti výkonu libovůle (...) ze strany (...) veřejné moci“ – což by ale spíše esejistickou formu textu hrůzostrašně narušilo.

³⁸¹ Aby nedošlo k mýlce: tato teze rozhodně neznamená, že by tato práce byla vlastním metodologickým zkoumáním jakkoli nadřazena, či snad dokonce v jakémkoli smyslu „lepší.“ Právě naopak – tato práce toliko vyzdvihuje téma, které Melzerovo i Winterovo zkoumání samozřejmě implicitně obsahují, díky jejich podrobnosti jej však čtenář může snadno přehlédnout či pominout.

³⁸² Tato charakteristika je základním východiskem dalších úvah. Čtenář zde proto nenalezne pokračování sporu o to, je-li právo totalitní diktatury skutečným právem (jak jsme jej viděli v diskusi Harta s Fullerem), ani úvahy o tom, jak právo vykládat a aplikovat v podmínkách jiného než demokratického právního státu.

³⁸³ Celý §4 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v původním a dosud platném a účinném znění zní: „Veřejná správa je službou veřejnosti. Každý, kdo plní úkoly vyplývající z působnosti

Právě tomu by měl odpovídat i přístup orgánů veřejné moci k interpretaci práva, které tuto moc vymezuje a omezuje. Právo tedy nemá být interpretováno jako technokratický manuál úředního provozu, ale spíše jako prostředek vymezující plnění oné služby.³⁸⁴ Nemusíme ostatně ani opustit půdu (českého) pozitivního práva, abychom dospěli ke konstatování, že právě občané, veřejnost či lid jsou nejenom zdrojem „veškeré moci,“ ale také základním a primárním prvkem „právního provozu,“ od něhož jsou orgány a instituce veřejné moci teprve odvozeny, a který tudíž má těmto orgánům a institucím poskytovat především legitimitu, nikoli (samoúčelné) *raison d'être*.³⁸⁵ Tento přístup tak především vylučuje tzv.

správního orgánu, má povinnost se k dotčeným osobám chovat zdvořile a podle možností jim vycházet vstříc.“ Na skutečnost, že toto ustanovení má spíše teleologickou povahu a jeho porušení nezakládá bez dalšího nezákonnost, upozorňuje i komentář k němu (Jemelka, Pondělíčková a Bohadlo 2011: 20-1). I v obecné rovině se k tomuto ustanovení správního řádu (a jemu odpovídajícímu ustanovení §3 správního řádu předchozího, zákona č. 71/1967 Sb. v posledním účinném znění) vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci sp. zn. 1 As 30/2008. Zde NSS mimo jiné uvedl: „Správní orgány jsou proto povinny učinit všechny kroky nezbytné k vyřešení problému, s kterým se uživatel veřejné správy obrátil na správní orgán (včetně výzvy k odstranění eventuálních vad podání), nikoliv naložit s podáním pouze tak, aby bylo „vyřešeno“ jen z formálního hlediska, například přesunutím vyřízení věci na jiný správní orgán“ (bod 22).

³⁸⁴ K tomu srov. již výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Ans 2/2008 zdůrazňující, že je nutno výklad práva podříditi realitě, nikoli naopak.

³⁸⁵ Tak lze do důsledků rozumět čl. 2 odst. 1 Ústavy: „Lid je zdrojem veškeré státní moci; vykonává ji prostřednictvím orgánů moci zákonodárné, výkonné a soudní.“ Ostatně i pražská učebnice správního práva obsahuje již od svého prvního vydání tezi, že „správní právo je svou povahou a v poměru k občanskému (a vůbec soukromému) právu právem zvláštním“ (Hendrych a kol. 2012: 18). Té je potřeba rozumět nikoli legalisticky (ale srov. Hoetzelovo heslo Dualismus právní in Hácha a kol. 1929: 493an., zvl. 499-500), tedy jako vyjádření poměru subsidiarity/speciality konkrétních právních norem, ale obecněji jako vyjádření poměru občana a veřejné moci, která se prostřednictvím a v mezích správního (přesněji: veřejného) práva projevuje.

Ve srovnání s výše uvedeným mnohem defenzivněji formuluje tento vztah §1 odst. 1 nového občanského zákoníku (zák. č. 89/2012 Sb.): „Ustanovení právního řádu upravující vzájemná práva a povinnosti osob vytvářejí ve svém souhrnu soukromé právo. Uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného.“ Autorský komentář (Eliáš 2012: 55) k tomuto zákonu sice uvádí inspiraci francouzským (jeho čl. 7) a švýcarským (jeho čl. 1 – v tomto případě je ale inspirace ve vztahu k §1 odst. 1 nového českého občanského zákoníku naprosto nejasná) občanským zákoníkem, vlastní (defenzivní) vymezení soukromého práva se však nejvíce inspirovalo v občanském zákoníku rakouském (ABGB, §1), který až do poloviny 20. století platil i v českých zemích. Že je vymezení „soukromých práv“ i v kontextu občanskoprávních kodifikací minulých století zvláštností ABGB s velmi sporným významem, to ostatně uvádí již klasický český komentář k tomuto zákoníku (Rouček, Sedláček a kol. 1935: 66-7).

inženýrskou interpretaci práva, tedy spokojení se s jednotlivými dílčími ustanoveními zákona při jeho aplikaci.³⁸⁶

Další zásada z té předchozí vychází, je však do značné míry spíše jejím rubem. Výkon veřejné moci tak je službou veřejnosti, nikoli však vždy a nutně konkrétním lidem, zejména pak adresátům rozhodnutí veřejné moci. To je patrné nejenom v řízeních, která se obvykle označují jako „sporná“ (a v nichž je zjevné, že veřejná moc musí očekávání přinejmenším jedné strany sporu zklamat), ale i v řízeních takzvaně nesporných, kde může být protiváhou zájmu konkrétního právního subjektu zájem obecný. Orgány veřejné moci tak musí při aplikaci práva zohlednit také to, zda vstřícnost vůči adresátům právní regulace, kterou od nich vyžaduje předchozí zásada, není v rozporu s jinými zájmy veřejnosti, kterým mají se stejnou vstřícností rovněž sloužit, a je-li tomu tak, musí tyto ohledy náležitým způsobem vyvážit.

První dvě zásady dohromady tak značí především to, že výkon veřejné moci není účelem sám pro sebe, a tedy že „vyřizování agendy“ či „řešení nápadu“ není bez dalšího důvodem pro aplikaci práva v rozporu s výše uvedenými zásadami. Přesto však právě v této takříkajíc provozní oblasti lze nalézt třetí zásadu související s oběma předchozími: základní podmínkou toho, aby výkon veřejné moci mohl být službou veřejnosti, občanům či lidu, je, aby veřejná moc vůbec byla funkční a efektivní. S tím souvisí specifický přístup, který by orgány veřejné moci měly zaujímat k interpretaci pravidel, která lze označit právě za „provozní“ a která z větší části (nikoli však zcela) spadají do práva procesního.³⁸⁷

Právě touto optikou je nutno nahlížet na nadužívání těchto provozních pravidel či jejich využívání až zneužívání na to, aby se příslušný orgán vyhnul řešení vlastní sporné otázky, které bývá častým terčem kritiky právě pod nálepkou

³⁸⁶ Výraz „inženýrská interpretace práva“ používá pro tento typ interpretace např. Z. Kühn. Pro její aktuální projev v podání správního orgánu srov. článek Tomáše Sachera s názvem *Bud'me přátelé, státě*, zveřejněný v časopise Respekt č. 49/2012 ze dne 2.12.2012 [35].

³⁸⁷ K roli procesních pravidel ve správním soudnictví se Nejvyšší správní soud vyslovil např. v rozhodnutí ve věci sp. zn. 5 Afs 21/2007, a to těmito slovy: „Jestliže tedy soudní řád správní požaduje, aby žaloba splňovala určité náležitosti, a mohla být podána za určitých podmínek, nečiní tak proto, aby krajské soudy formalisticky trvaly na naplnění litery zákona, ale proto, aby žaloba mohla být podkladem právě pro poskytování několikrát zmíněné spravedlivé ochrany veřejným subjektivním právům v rámci soudního řízení.“

„formalismu.“³⁸⁸ Podobně je ale nevhodné i zbytečné zahajování řízení v případech, které lze bez obtíží řešit neformálně.³⁸⁹ Naopak mnohem větší důraz na formální doslovnost lze uplatňovat při výkladu těch pravidel, která mají za úkol výkon veřejné moci formalizací, byrokratizací a tedy jakousi mechanizací zefektivnit a tedy zpřístupnit tuto službu většímu počtu osob nebo její provoz při zachování kvality zlevnit – typicky jde o používání předepsaných forem písemností a jiných podání a jejich řádné vyplnění,³⁹⁰ ale také jiná pravidla zejména v oblasti procesní ekonomie, jejichž význam je mnohem vyšší v unifikovaných záležitostech a naopak jej nelze přeceňovat ve věcech nestandardních.³⁹¹

Zvláštním případem předchozí zásady pak je přístup k interpretaci ustanovení či institutů, jejichž formalita je vlastním smyslem jejich samostatné úpravy a důvodem jejich rozšířenosti v právním styku – typickými příklady jsou směnka a šek,

³⁸⁸ Nejvyšší správní soud k tomu v rozhodnutí ve věci sp. zn. 5 Afs 16/2003 říká: „Soudy jsou nezávislé a nestranné státní orgány, které usilují o nalezení spravedlnosti rozhodováním v konkrétních věcech a které nemohou odmítnout zabývat se určitou věcí ze zcela formálních či spíše formalistických důvodů, ale pouze z takových příčin, které poskytování soudní ochrany skutečně vylučují.“

³⁸⁹ Tak postupoval úředník Městské části Praha 7, který řešil „nepovolený zábor veřejného prostranství“, spočívající v reklamní trojnožce bistra zasahující jednou svou nohou několik centimetrů na obecní chodník, zasláním písemné výzvy s fotodokumentací z místa, a ani se nepokusil na závalu upozornit provozovatelku bistra osobně, byť byl během pořizování oné fotodokumentace nepochybně v jeho bezprostřední blízkosti. Podle slov nadřazené citované v již zmiňovaném článku Tomáše Sachera postupoval přesně podle zákona. To bychom si z něj (zde se správního řádu, zák. č. 500/2004 Sb.) ale museli odmyslet explicitně uvedené obecné zásady činnosti správních orgánů, a to jak již zmiňovaný § 4 odst. 1, tak § 5 požadující preferenci smírného řešení (nicméně to bylo explicitněji vyjádřeno v předchozím správním řádu, zák. č. 71/1967 Sb., v § 3 odst. 3) a zejména také § 6 odst. 2, podle kterého první věty „správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady, a dotčené osoby co možná nejméně zatěžuje“ – zbytečné náklady přitom nemají vznikat ani „samotnému správnímu orgánu, který určitou věc vyřizuje“ (Vedral 2012: 134).

³⁹⁰ K tomuto tématu se nicméně ještě vrátíme v kapitole věnované roli formalismu při tvorbě právních a jiných předpisů – zejména v případě formulářů je nutným předpokladem jejich úspěšného využívání na uvedené účely to, aby byly jednak přehledné a jednoznačné, jednak bez obtíží dostupné.

³⁹¹ Tato dílčí zásada, kterou lze charakterizovat jako „rozumnou míru unifikace postupu“, je přitom v provozu veřejné moci běžná. Pro důkaz stačí zajít na pracoviště Magistrátu hl. m. Prahy vyřizující agendu v oblasti registru vozidel – pro všechny běžné úkony (zařazení vozidla do evidence, jeho převod v rámci kraje či do jiného kraje, prodej vozidla do ciziny apod.) visí na vývěsce přehledné vzory, všechny hůř standardizovatelné úkony (např. jakákoli přestavba vozidla včetně instalace tažného zařízení) řeší zvláštní úředník individuálně – taká je alespoň zkušenost autora tohoto textu z léta 2012.

což jsou instituty, které by bez striktního důrazu na formalitu byly jenom jakýmsi zvláštními smlouvami bez praktického využití. Naopak právě jejich striktní formalizace a z ní plynoucí spolehlivost je pravděpodobně důvodem jejich již staletí trvajících využívání v praxi. Nutno ovšem dodat, že jsou tímto nezpochybňovaným důrazem na formalitu v právu spíše výjimkou než pravidlem.

Práva a pravomoci

Všechny výše uvedené zásady jsou nicméně pouze rozvedením základního principu ovládajícího celé veřejné právo, který je nejlépe patrný z následujícího terminologického rozlišení: zatímco subjekty soukromého práva jsou nositeli (subjektivních) práv, orgány veřejné moci jsou nadány něčím strukturálně zcela odlišným, a to *pravomocemi*.³⁹² Toto lapidární konstatování za sebou skrývá ohromné množství souvislostí a důsledků, přičemž za rozvíjení této elementární teze lze označit takřka celou vědu obecného správního práva. Nemáme zde ambici tyto rozsáhlé učebnice na prostoru několika řádků suplovat, je však vhodné alespoň v tezích zdůraznit, co (kromě již výše zmíněného) z toho pro základní přístup k aplikaci práva orgány veřejné moci plyne.

Především si příslušné úřední osoby musí být vůbec vědomy toho, že nejsou v postavení občana víceméně volně uplatňujícího svá práva, ale právě v postavení pravomocemi nadaného orgánu veřejné moci. Současně si musí uvědomovat základní odlišnosti práv a pravomocí – tedy zejména toho, že jejich uplatňování není spojeno pouze s případným předepsaným procesním postupem, ale že je spojeno i s okolnostmi, za kterých je uplatnění příslušné pravomoci teprve vůbec možné, nebo

³⁹² Bohužel neplatí, že by toto fundamentální rozlišení terminologicky dodržoval i zákonodárce či ústavodárce. Zvláště nešťastné to pak je ve spojitosti s monokratickým orgánem, jakým je prezident republiky – o jeho „právu“ se v Ústavě mluví hned dvakrát (podle čl. 62 písm. h) „má právo vrátit Parlamentu přijatý zákon s výjimkou zákona ústavního,“ podle čl. 63 odst. 1 písm. k) „má právo udělovat amnestii“). Výklad, že tím ústavodárce odlišil pravomoci, jejichž uplatnění či neuplatnění (nebo iniciace v případě kontrasignované pravomoci vyhlášení amnestie) je zcela na úvaze prezidenta, neobstojí již proto, že ustanovení o milosti (původně čl. 62 písm. g), aktuálně čl. 62 písm. g) a čl. 63 odst. 1 písm. j)), jejíž udělení je z povahy věci rovněž na volné úvaze prezidenta, takovouto formulaci neobsahují. K terminologické obezřetnosti nás nicméně vybízí text Ústavy v těchto pasážích i přímo – amnestii jakožto normativní právní akt samozřejmě prezident neuděluje (komu taky?), nýbrž vyhláší.

naopak nezbytné či nutné. Dále si musí uvědomovat, že možnost uvážení toho, zda některou pravomoc využít, nijak nesouvisí s tím, zda a nakolik mají možnost uvážení stran toho, jak má toto využití či uplatnění pravomoci proběhnout. Konečně pak je nutno chápat, že uplatňováním pravomoci není jenom samotné vydání rozhodnutí či aktu, ale také všechny dílčí kroky a úvahy k němu vedoucí – nároky na ně jsou přirozeně nižší než na výsledné rozhodnutí či akt, přesto i všechna dílčí rozhodnutí a dílčí úvahy spadají do hájemství uplatňování pravomocí, nikoli práv úředních osob.

Použijeme-li zde definice české právní vědy, nejde tedy o „míru faktické možnosti chování subjektu, která je objektivním právem chráněna“ (Knapp 1995: 194), ale o „oprávnění orgánu vykonávat veřejnou moc“ (Hendrych a kol. 2012: 112).³⁹³ Již z těchto definic je rovněž zřejmé, že pravomoc není jenom niternou (ačkoli zvnějšku chráněnou) daností subjektu, ale že je vyjádřením vztahu, vazby tohoto subjektu ³⁹⁴ k něčemu, co jej přesahuje a čeho je pouze nástrojem či vykonavatelem, tedy k veřejné moci. Pravomoci tak na rozdíl od subjektivních práv nejsou v žádném smyslu „v moci“ subjektů, které jsou jimi nadány. Základním východiskem vztahu těchto subjektů ke „svým“ pravomocem je pak nutně jistý respekt či úcta – právě taková, jakou moderní obhájci formalismu projevují vůči právním pravidlům obecně. Zpochybnění kvality a legitimacy právních předpisů, které nás vedlo k zavržení této úcty jako východiska vztahu k právu v českém prostředí, se právem vymezených pravomocí orgánů veřejné moci týká leda zprostředkovaně, pokud vůbec.³⁹⁵

³⁹³ Pojem „pravomoc“ tak v těchto úvahách nemá jiný, v české právní teorii rovněž běžný význam, který označuje prostředky určené k plnění úkolů daného orgánu v jeho vymezené působnosti (Boguszak, Čapek a Gerloch 2004: 40-41). Nejde přitom fakticky o označení jiného jevu, jenom o zdůraznění jiné jeho stránky. Nejméně přiléhavé je pak pro naše účely vymezení Knappovo: vymezíme-li pravomoci jako „meze možnosti chování, tj. oprávnění soudů a jiných státních orgánů a orgánů územní samosprávy“ (Knapp 1995: 197), sice se tím správně zdůrazní, že zde jde o pravomoci a ne práva, současně však toto vymezení vyvolává dojem, že uvnitř oněch mezí má orgán veřejné moci volnost odpovídající subjektivnímu právu – to by však nešlo o (demokratickému právnímu státu vlastní) pravomoci, ale spíše o (autokratické či feudální) výsady.

³⁹⁴ Přebíráme zde již výše zmíněné rozlišení osoby a subjektu z recentní monografie Karla Berana, který pod pojem „subjekt“ řadí i nesamostatné orgány větších (právnických) osob, jako třeba státu (Beran 2012: 158).

³⁹⁵ Opět však raději připomeňme, že naše úvahy se zde týkají demokratického právního státu a tedy uplatňování veřejné moci v jeho rámci. Jsou-li v nesvobodné zemi pravomoci vyjádřením nikoli

Zdaleka nejdůležitější zásadou interpretace práva při jeho aplikaci ve veřejné správě a soudnictví je však zásada mnohem elementárnější, a to otevřenost této interpretace. Připomeňme, že rozhodnutí ve věci *Lochner v. New York*, s nímž jsme se setkali na samotném začátku této práce, se vytýká formalismus právě v tom smyslu, že jeho většinové odůvodnění použitou interpretaci skrývá a tváří se, jakoby z příslušných ústavních ustanovení plynulo zcela mechanicky. I zde ovšem nebyl problém tolik ve vlastní mechanické aplikaci práva (která se v právní vědě karikuje přinejmenším od dob Pounda, Holmesa či von Jheringa), jako spíše v jejím stejně mechanickém odůvodnění.³⁹⁶ Soud se tak místo toho, aby právo využil na vysvětlení svého rozhodnutí, spíše za výklad práva skryl.

I tento přístup může mít za jistých okolností při aplikaci práva své místo,³⁹⁷ v demokratickém právním státě je však jen stěží obhajitelný a tedy přípustný. Naopak je nutno trvat na otevřeném a upřímném odůvodňování rozhodnutí, jakkoli někdy může budít dojem, že se touto otevřeností oslabuje autorita rozhodnutí orgánů veřejné moci a tedy zprostředkovaně i autorita práva. Autorita, která se opírá o falešnou nerozpornost, má totiž toto oslabení vepsáno již do svých základních východisek, a je jen otázkou času a příležitosti, kdy se projeví – jako přiznaná

veřejné moci, ale vládnoucí z vůle, lze legitimně uvažovat i o jiném přístupu k nim – to je ale téma na samostatnou a složitou úvahu.

Jiným tématem na samostatnou úvahu je však rovněž recentní a aktuální situace v České republice, zejména pokud jde o pravomoci prezidenta republiky. Jak jednání Václava Klause (zvláště pak z posledních let v úřadu), tak jednání Miloše Zemana se totiž výše uvedeným тезисом vymyká a budí alespoň na první pohled dojem chápání prezidentských pravomocí jako výsad osoby, která úřad prezidenta republiky zastává. Vzhledem k překotnému vývoji v této oblasti jde ovšem o téma, které tuto práci nejenom prostorově, ale také časově dosti přesahuje.

³⁹⁶ Otázku, nakolik lze aplikaci práva od jejího odůvodnění oddělit, ponecháme nezodpovězenou – záměr i rozsah této práce zdaleka přesahuje.

³⁹⁷ Velmi podrobně se tomuto přístupu jako obraně před ideologickým tlakem v komunistickém Československu věnuje Z. Kühn (2005), podobný postřeh ve vztahu k italskému přístupu k právu ale zmiňuje v krátké esejí i G. Calabresi, který se jím snaží vysvětlit zjevný rozpor mezi italským lehkovážným přístupem k pravidlům v praxi a naopak až posvátnou úctou k nim v teorii (Calabresi 2000: 481an.). Připomeňme, že i tato problematika ochrany nalézané v právu před zločinným režimem se objevila v diskusi Harta a Fullera.

nedokonalost nebo jako revolučně odhalený podvodný charakter zavedeného řádu.³⁹⁸

Právní jistota

Poslední uvedený bod se dotýká také jedné z charakteristik práva, která do jakékoli diskuse o formalismu v právu vždy vstupuje, a to v pozici toho, co nepřiměřený odklon od „formalismu“ ohrožuje. Touto charakteristikou je právní jistota jakožto jeden z pilířů právního řádu a právního státu, spojovaný především s respektem vůči apriorním právním aktům jakožto zdrojům právních pravidel.³⁹⁹ Za jeden ze tří základních pilířů práva ji ostatně, spolu s legalitou a účelností, považoval již Radbruch (Haldemann 2005: 164-5), přičemž jeho válkou podnícený přerod z pozitivistu na kvaziiusnaturalistu⁴⁰⁰ lze popsat i jako pouhou změnu akcentů v rámci této trojice (Paulson 1995: 493-4).

I zběžný rozhovor s praktikujícím advokátem či dokonce pouhé prolistování Sbírky zákonů však snadno odhalí, že samotné považování právní jistoty a předvídatelnosti práva za nezbytný předpoklad právního řádu je v dnešní době jeho překotných změn (legislativních i judikturních) naprostou iluzí – která by si ostatně tím, jak skrývá skutečnost, sama zasloužila označení „formalismus.“ Právní jistota a předvídatelnost právního rozhodování tak sice samozřejmě k právní regulaci nadále náleží, ovšem spíše v podobě ideálu, který se má právní provoz snažit naplňovat, než nezbytného předpokladu, vůči němuž je nutno jakoukoli aplikaci či interpretaci právních pravidel poměřovat. Ohled právní jistoty a předvídatelnosti práva tak náleží jak do oblasti aplikace práva ve veřejné správě a soudnictví, tak do oblasti tvorby práva, na kterou se podíváme v další kapitole.

³⁹⁸ Připomeňme *Manifest Komunistické strany* z pera K. Marxe a F. Engelse: „Vždyť i vaše ideje jsou výtvary buržoazních výrobních a vlastnických vztahů, jako je vaše právo jenom vůlí vaší třídy povýšenou na zákon, vůlí, jejíž obsah je urovnán materiálními životními podmínkami vaší třídy.“ (Marx a Engels 1974).

³⁹⁹ Právě o právní jistotu se opírá také již zmiňovaný Hayekův ideál vlády práva: jeho obsahem je vázanost vládní moci ve všem, co dělá, předem danými a známými pravidly, a tedy předvídatelnost jejich rozhodnutí (Hayek 2008: 75).

⁴⁰⁰ K velkým výhradám vůči spojování Radbruchovy právní filosofie včetně jeho slavné „formule“ s přirozenoprávním myšlením srov. kapitolu 5 této práce.

Teze uvedené v této kapitole tedy lze shrnout do této věty:

Při aplikaci práva jakožto výkonu veřejné moci je nutno neztrácet ze zřetele to, o co v dané věci jde, přičemž ale interpretace takto aplikovaného práva nesmí být svévolná, naopak musí odpovídat aplikaci práva jakožto službě veřejnosti jako celku, přičemž je zejména nezbytné všechny tyto ohledy vstupující do rozhodování podle práva si uvědomit, zohlednit je a transparentně je v odůvodnění rozhodnutí uvést.

19. Formalismus při tvorbě práva

Jak jsme viděli na konci první části této práce, odhlédneme-li od pejorativního a paušálně odsuzujícího používání pojmu „formalismus“, shodují se obě strany námi sledované diskuse⁴⁰¹ na tom, že formalismus jako deskriptivní pojem či kategorie označující jistý přístup může být v právu využíván záměrně a účelně. A ačkoli nejvýznamnější oblastí, v níž lze formalismus přiměřeně uplatňovat, je samozřejmě aplikace práva veřejnou mocí, které jsme se věnovali v předchozí kapitole, velice významnou je v tomto ohledu rovněž oblast tvorby práva. To proto, že jakkoli volně přistoupí subjekt aplikující právo ke znění pramene práva, již jeho podoba psaného textu tento subjekt při jeho aplikaci výrazně omezuje a usměrňuje. Je tudíž nasnadě, že vhodné formulování znění právních pravidel (či obecněji vhodná legislativní práce) může jejich následné aplikaci pomoci v mnoha ohledech. Aniž bychom se v dalším textu podrobněji zabývali obecnými problémy⁴⁰² v oblasti tvorby práva nebo jejími teoretickými a praktickými ohledy,⁴⁰³ zaměříme i zde pozornost na to, kde a jak by se při tvorbě práva měl formalismus projevovat a využívat, a naopak které formalistické tendence jsou spíše nežádoucí nebo až nepřipustné.

Především je však naprosto nezbytné zbavit proces tvorby práva těch nejzákladnějších nedostatků, kterými je dosud (a dnes možná ještě více než kdy jindy) prostoupen. V českém prostředí přitom již před lety v právnickém prostředí dosti ostrá výměna názorů⁴⁰⁴ na legislativní proces proběhla. Richterova

⁴⁰¹ Připomeňme alespoň ta nejexplicitnější vyjádření, tedy Schauerovou tezi, podle níž by se formalismus „měl považovat za nástroj, který se má používat v některých částech právního systému a ne v jiných“ (Schauer 1988: 547) nebo celou část Kennedyho encyklopedického hesla věnovanou právě formalismu jako deskriptivní kategorii (Kennedy 2001: 8634-5).

⁴⁰² Řadu z nich již před lety výstižně popsaly příspěvky uvedené ve sborníku *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie* (Gerloch a Kysela 2007).

⁴⁰³ V tomto směru stačí odkázat na přehlednou kolektivní monografii pražské Katedry teorie práva a právních učení (Gerloch a kol. 2008), nebo velmi instruktivní slovenskou monografii věnovanou speciálně legislativě (Svák a kol. 2012).

⁴⁰⁴ Jde především o krátkou aktualitu z pera tehdejšího ministra spravedlnosti ve vládě bez důvěry Poslanecké sněmovny (Pospíšil 2006) a reakci na ní z pera právního akademika a praktika působícího na mezinárodním poli (Richter 2007).

konstruktivní kritika je však dosud přinejmenším stejně přiléhavá jako před šesti lety.⁴⁰⁵ Zejména je však nadále aktuální jeho již zmiňovaný kritický pojem „analýza vakuového typu,“ jakkoli v poněkud jiných než původních souvislostech ⁴⁰⁶ : „vakuové“ odhlížení od souvislostí se tak aktuálně projevuje nejenom na úrovni aplikace práva, nýbrž velmi zřetelně i při jeho tvorbě. Přímo destruktivně pak působí to, když se takto odhlíží nejenom od souvislostí mimoprávních, ale také od souvislostí uvnitř právního systému (z mnoha příkladů lze zmínit alespoň těžko vysvětlitelnou amnestii prezidenta Klause, vyhlášenou jako rozhodnutí č. 1/2013 Sb.).

Legislativní tvorba práva

Jak tedy přistoupit, jinak a lépe, k problematice formalismu při tvorbě práva? Především tak, že se zpřesní samotná otázka. Jak erudovaně prokazuje i česká právní věda (srov. Gerloch a kol. 2008), má tvorba práva mnoho různých forem a ohledů, z nichž pouze některé jsou formalizovány do té míry, aby vůbec šlo o jakémkoli formalismu v souvislosti s nimi mluvit. Nebudeme se zde tudíž zabývat vznikem právních obyčejů ani soudcovskou tvorbou práva. A nebudeme zde ani zkoumat, nakolik lze tvorbu práva oddělit od jeho aplikace, ačkoli právě prolínání těchto dvou kategorií bylo, jak jsme viděli v první části této práce, jedním z nosných témat celé diskuse o formalismu v právu. Zaměříme se tak pouze na právní předpisy jakožto apriorní právní akty omezující volnost příslušných orgánů při aplikaci práva, a na jejich tvorbu. Zaměříme se tedy (terminologií české právní vědy – srov. Gerloch a

⁴⁰⁵ Zde snad stačí odkázat na „z hlediska rozsahu (...) nejrozsáhlejší novelu od přijetí Legislativních pravidel vlády v roce 1998,“ provedenou usnesením Vlády č. 820 ze dne 14.11.2012, a příslušnou tiskovou zprávu k ní, podle které je smyslem této novelizace „na základě poznatků z praxe posílit racionalitu legislativního procesu, a tak akcentovat moderní postupy i v oblasti legislativy s cílem zkvalitnění legislativních návrhů“ – již zběžný pohled do této tiskové zprávy pak rychle rozptýlí jakékoli naděje na to, že by se snad za takto kryptickým popisem mohlo skrývat řešení elementárních problémů, jak je popsal třeba již Richter. Srov. tiskovou zprávu Vlády ČR ze dne 4.1.2013 s názvem *Tisková zpráva k poslední novelizaci Legislativních pravidel vlády* [47].

⁴⁰⁶ Připomeňme, že tímto pojmem Richter v nadsázce označuje takovou analýzu, která „přijímá právní pravidla vyhlášená Parlamentem jako danost a vykládá a aplikuje je, jako by existovala ve vakuu, tedy bez souvislosti s lidským chováním, které mají regulovat, motivovat či usnadňovat“ (Richter 2008: 66). Zvrácenost takového přístupu je přirozeně ještě výraznější, je-li takto odtržena od reality již samotná tvorba právních pravidel, ne až jejich aplikace.

kol. 2008: 185) na legislativní tvorbu práva, a to se zvláštním důrazem na situaci v České republice – především na české vnitrostátní předpisy, ale také na předpisy tvořící evropské právo. Tvorba práva v rámci Evropské unie může být pro naše zamýšlení vhodným srovnáním s českou vnitrostátní situací, a to jednak proto, že s institucionální a obecně „ústavněprávní“ podobou Evropské unie je česká právní obec alespoň v hrubých rysech seznámena, jednak proto, že zjevné zásadní odlišnosti od vnitrostátní legislativní tvorby práva snižují riziko ukvapených paralel a závěrů nezohledňujících hlubší, prvním pohledu skryté rozdíly.⁴⁰⁷

Při pohledu na legislativní tvorbu práva je pak nutno především rozlišovat mezi formálními nároky vlastního legislativního procesu, a používáním formálních požadavků v jednotlivých tvořených právních normách.

Formální úprava legislativního procesu

Pokud jde o formální nároky vlastního legislativního procesu, jenom stěží se jim zde můžeme věnovat do adekvátní hloubky – zejména z hlediska zavedené české praxe a především již výše zmíněných náznaků diskuse o její změně, které ukazují, že by si toto téma zasloužilo samostatné rozsáhlé pojednání. Přesto i této oblasti můžeme z hlediska této práce věnovat jistou pozornost. Tu zaměříme na zodpovězení Schauerovské (dvou-) otázky: lze na legislativní proces klást formalistické nároky? A pokud ano, je to (vždy) správné?

Kladná odpověď na první část otázky je nasnadě. Dokládá ji nejenom existence a využívání dokumentů jako Legislativní pravidla vlády či podrobných pravidel zákonodárného procesu v jednacích řádech obou komor Parlamentu⁴⁰⁸ a jeho základní podoby dokonce v Ústavě,⁴⁰⁹ ale také stále častější zpochybňování

⁴⁰⁷ Jeden příklad za všechny: jak velký význam pro podobu tvorby práva má ústavněprávní rozdělení právotvorných kompetencí mezi parlament a vládu ve francouzské páté republice, díky němuž například v oblasti obchodního práva upravují rozsáhlé oblasti nikoli zákony, ale vládní nařízení? (K tomu v češtině srov. Mestre 2002: 13, nebo podrobný popis procesu tvorby zákonů ve Francii v rigorózní práci Víta Schorma (Schorm 2000), která je k dispozici i v knihovně pražské právnické fakulty.)

⁴⁰⁸ V jednacím řádu Poslanecké sněmovny (zák. č. 90/1995 Sb.) jde o část dvanáctou (§§ 86an.), v jednacím řádu Senátu (zák. č. 107/1999 Sb.) jde o část sedmou (§§ 98an.).

⁴⁰⁹ Zejména v článcích 41, 42, 44 až 48, 50 až 52. I z toho je nicméně vidět, že úprava legislativního procesu nebyla vůdčím pořádacím principem ústavněprávní úpravy.

ústavnosti zákonodárného procesu kvůli tvrzenému nedodržení některých jeho formálních náležitostí.⁴¹⁰ V oblasti práva evropského je v tomto směru situace velice podobná. Základní prvky legislativního procesu jsou upraveny ve Smlouvách, ty doplňuje úprava v jednacích řádech Evropského parlamentu⁴¹¹ a Rady⁴¹² (včetně dohod a společných prohlášení Evropského parlamentu, Rady a Komise, které jsou přílohami jednacího řádu Evropského parlamentu),⁴¹³ obdobou legislativních pravidel jsou Pravidla pro jednotnou úpravu dokumentů⁴¹⁴ a několik interinstitucionálních dohod,⁴¹⁵ obdobou vnitrostátního zpochybňování dodržení legislativního postupu je zde napadání právního základu⁴¹⁶ předmětného aktu nebo tvrzení porušení podstatných formálních požadavků při jeho vydávání⁴¹⁷ v rámci žaloby na neplatnost podle čl. 263 Smlouvy o fungování EU (bývalý článek 230 Smlouvy o ES). Legislativní proces v jeho stávající české i evropské podobě tak lze označit za proces, na který se kladou nároky formalistického charakteru. Mnohem zajímavějším a významnějším tématem je však to, jaké tyto nároky jsou a kterých oblastí se dotýkají.

Podíváme-li se na proces tvorby práva touto optikou, lze se nejprve pozastavit u samotné existence jednacích řádů parlamentních komor ve formě zákona. Ta se někdy označuje za výraz neautonomního postavení sněmoven (Wintr 2010: 38an). Toto označení však nijak nesouvisí s faktickou či právní rolí zákonodárného sboru v legislativním procesu – Evropský parlament, který je v mnoha ohledech

⁴¹⁰ Za všechny případy z nedávné doby srov. bod III a IV návrhu skupiny poslanců zastoupené JUDr. Zuzkou Bebarovou-Rujbrovou na zrušení zákona o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi [26].

⁴¹¹ V aktuální verzi z července 2013 jde o podrobnou úpravu zahrnující celou hlavu II.

⁴¹² Zde se legislativnímu procesu věnuje pouze jediný článek 7.

⁴¹³ Naopak jednací řád Komise se specificky legislativnímu procesu nevěnuje vůbec, obsahuje pouze obecná ustanovení o různých způsobech přijímání rozhodnutí.

⁴¹⁴ Nevěnují se však vlastnímu procesu tvorby práva, jenom očekávané výsledné podobě právních i neprávních textů orgánů a institucí Evropské unie.

⁴¹⁵ Zejména interinstitucionální dohoda o společných pokynech k redakční kvalitě právních předpisů, interinstitucionální dohoda nazvaná Zrychlená pracovní metoda pro úřední kodifikaci právních předpisů a interinstitucionální dohoda o systematictějšímu využívání metody přepracování právních aktů.

⁴¹⁶ K významu právního základu pro legislativu EU viz Svoboda 2011: 120.

⁴¹⁷ Srov. Svoboda 2011: 175, z judikatury Soudního dvora viz např. rozhodnutí ve věci 138/79 Roquette Frères.

parlamentem velmi slabým a nedisponuje dokonce ani legislativní iniciativou,⁴¹⁸ upravuje na základě článku 232 Smlouvy o fungování Evropské unie (předtím článku 199 Smlouvy o Evropském společenství) svůj jednací řád vlastním usnesením, tedy bez ingerence jiných evropských či národních institucí. Zajímavé je taktéž srovnání s jednacím řádem komunistického Národního shromáždění (zákon č. 107/1960 Sb.), který sice měl formu zákona, veškerá úprava parlamentního jednání (včetně zákonodárního procesu) se v něm ale vměstnala do osmi stručných paragrafů (srov. Wintr 2010: 26-7). I z tohoto jednoduchého srovnání tak vidíme, že již na této úrovni jde o projev formalismu v Schauerově smyslu „hry podle pravidel,“ a to (relativně heteronomních) pravidel, které omezují moc parlamentních sborů – nebo ji vlastně ani neomezují, pokud tyto sbory (jako v případě Národního shromáždění podřízeného vedoucí úloze Komunistické strany) žádnou faktickou mocí nedisponují. Je tedy vidět, že ani zde nelze formu pravidel oddělit od jejich obsahu, na který zaměříme svou další pozornost.

Obsah legislativních pravidel

Při pohledu na obsah českých pravidel tvorby práva⁴¹⁹ zjistíme, že nejprísnejší formální nároky se kladou na vlastní vyjádření vůle zákonodárce, tedy na hlasování pléna Poslanecké sněmovny a Senátu, především pak na hlasování Poslanecké

⁴¹⁸ To platí ve vztahu k sekundárnímu evropskému právu. Naopak pravomocí navrhnout změny primárního práva Evropský parlament podle čl. 48 Smlouvy o EU disponuje (srov. Svoboda 2011: 88). Lisabonská smlouva, která do primárního práva obecný monopol Komise na legislativní iniciativu v oblasti sekundárních, tzv. legislativních aktů, explicitně zavedla (č. 17 odst. 2 Smlouvy o EU, čl. 289 odst. 1 Smlouvy o fungování EÚ), zavedla také výjimky z tohoto pravidla, kdy v případech stanovených Smlouvami může legislativní iniciativou disponovat i jiný subjekt (čl. 289 odst. 4 Smlouvy o fungování EU). Vůči Evropskému parlamentu je to však ustanovení, které se v zásadě týká pouze jeho vnitřních záležitostí spravovaných nad rámec jednacího řádu formou nařízení (upravuje tak „úpravu a obecné podmínky výkonu funkcí svých členů“ (čl. 223 odst. 2 SFEU), pravidla pro fungování vyšetřovacích komisí (čl. 226 SFEU) a „statut a obecné podmínky výkonu funkce veřejného ochránce práv,“ který je dle Smluv jakýmsi specifickým orgánem či zmocněncem Evropského parlamentu (čl. 228 odst. 4 SFEU)), takže standardní anglická učebnice evropského práva možnost legislativní iniciativy Evropského parlamentu ani neuvádí (srov. Craig a de Búrca 2011: 122).

⁴¹⁹ Podrobný, ale srozumitelný popis obsahuje již zmiňovaná kolektivní monografie pražské katedry teorie práva (Gerloch a kol. 2008: 188an.), ještě podrobnější popis s důrazem na ústavněprávní aspekty celé procedury pak pražská učebnice ústavního práva (Pavlíček a kol. 2011: 757an.).

sněmovny ve třetím čtení – viz § 95a jejího jednacího řádu (zák. č. 90/1995 Sb.) omezující toto hlasování na 9. až 14. hodinu ve středu a v pátek.⁴²⁰ Naopak, čím více se od tohoto finálního momentu vzdálíme, tím menší jsou (obecně vzato) i formální nároky. Za extrémně neformalistické lze v tomto ohledu považovat rysy zákonodárného procesu, jako je zákonodárná iniciativa jednotlivého poslance; možnost jednotlivého poslance podávat k projednávanému návrhu zákona v zásadě jakékoli pozměňovací návrhy, včetně věcně nesouvisejících novelizací jiných zákonů,⁴²¹ bez možnosti předkladatele „bránit“ svůj původní návrh jakkoli jinak než jeho zpětvzetím před koncem druhého čtení v Poslanecké sněmovně⁴²²; a ostatně i naprostá absence regulace přípravy legislativních návrhů. Tu jenom částečně supluje Legislativní pravidla vlády, která však (jakožto pouze vnitřní předpis – usnesení vlády) mimo přípravu legislativních návrhů na úrovni vlády a jí podřízených

⁴²⁰ K historii tohoto ustanovení viz Wintr 2010: 212-18.

⁴²¹ Pro podrobnější a komparativní pohled na tuto problematiku viz Gerloch a kol. 2008: 216an. Pro příklad zcela odlišného přístupu k normotvorbě nemusíme chodit daleko – zaujala jej třeba i Univerzita Karlova. Pozměňovací návrhy k návrhům vnitřních (přesněji statutárních – zákonem použitý termín „vnitřní předpis“ neodpovídá terminologii administrativněprávní vědy – srov. Hendrych a kol. 2012: 187-191, ale také Gerloch a kol. 2008: 112-15) předpisů je nutno podat v předstihu dvou týdnů před vlastním zasedáním akademického senátu univerzity, přičemž se mohou týkat pouze novelizovaného vnitřního předpisu, v případě návrhu na dílčí (nikoli komplexní) změnu vnitřního předpisu pak dokonce pouze ustanovení přímo dotčených původním návrhem (srov. čl. 22 Volebního a jednacího řádu Akademického senátu Univerzity Karlovy). Toto omezení přitom platilo již předtím, než byla od 1.1.2006 zákonem č. 552/2005 Sb. zavedena monopolní legislativní iniciativa rektora veřejné vysoké školy.

⁴²² Srov. § 86 odst. 6 jednacího řádu Poslanecké sněmovny (zákon č. 90/1995 Sb.). Snad nepřekonatelným vrcholem takového „znásilnění“ projednávaného návrhu zákona je projednávání senátního návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů (6. volební období, sněmovní tisk 577). Poslanecká sněmovna v tomto případě nejenom předložený návrh doplnila (a to věcně nepřilíš souvisejícím způsobem), ale na návrh poslance M. Bendy vypustila všechny obsahové body původního senátního návrhu (z něj tak zbylo pouze ustanovení o účinnosti novely). Ve stejných deskách tak schválila zcela odlišný text. Nebývale ostře se proti tomu ohradila Stálá komise Senátu pro Ústavu ČR a parlamentní procedury, která ve svém usnesení ze dne 6. března 2013 ke znění schválenému Poslaneckou sněmovnou konstatuje, že „Poslanecká sněmovna hrubě zasáhla do práv Senátu jako navrhovatele zákona, když nahradila obsah podaného návrhu zákona obsahem jiným, s původním tématem nesouvisejícím, čímž obešla pravidla uplatnění zákonodárné iniciativy, včetně realizace práv vlády v zákonodárném procesu, a tedy se přijetím jakéhosi „vlepu“ dopustila jednání souměřitelného s tím, jež bylo jako protiústavní zapovězeno Ústavním soudem v tzv. přílepkovém nálezu č. 37/2007 Sb. – paradoxně tak postupovala v případě návrhu zákona, jehož účelem bylo učinit zákonodárný proces přehlednější a průhlednější“ (9. funkční období, senátní tisk 36/2).

subjektů působí toliko silou své přesvědčivosti (srov. Gerloch a kol. 2008: 194an.)⁴²³. Příliš na této situaci nemění ani zavedení tzv. hodnocení dopadů regulace (RIA) či jeho nedávný přesun pod nadresortní gesci Úřadu vlády⁴²⁴ – jde vlastně pouze o rozvedení Legislativních pravidel vlády.

Situace v oblasti tvorby podzákonných předpisů je přitom velmi podobná, snad jenom s výhradou menší formalizace vlastního rozhodování o přijetí podzákonného předpisu, zejména v případě vyhlášek ministerstev.⁴²⁵

Tuto kusou legislativní úpravu tak doplňuje judikatura Ústavního soudu, nejvýrazněji asi ve slavném „přílepkovém“ nálezu Ústavního soudu,⁴²⁶ který se ostře vymezil proti praxi přidávání věcně nesouvisejících novelizací jiných předpisů do návrhů zákonů v rámci druhého čtení v Poslanecké sněmovně. Nutno však současně dodat, že testem ústavnosti naopak úspěšně prošel zákon č. 261/2007 Sb. o stabilizaci veřejných rozpočtů,⁴²⁷ obsahující zcela nesourodou materii a jako části čtyřicátou pátou až sedmou dokonce v zásadě plnohodnotnou paragrafovanou úpravu tří nových daní.

Na úrovni evropských institucí je v tomto směru situace dosti odlišná. Mnohé zásadní odlišnosti přitom způsobuje několik významných faktorů. Především je zde zásadně rovnocenné postavení Rady a Evropského parlamentu jakožto spoluzákonodárců,⁴²⁸ přičemž ale současně mají oba tyto orgány velmi rozdílné

⁴²³ K tomu srov. dvoukolové projednávání zásad zákona a následně vlastního zákona podle předchozího jednacího řádu ČNR (viz Gerloch a kol. 2008: 197, pozn. 529).

⁴²⁴ Informace k tomuto postupu jsou k dispozici i na internetu [48], formou usnesení vlády byly vydané i Obecné zásady pro hodnocení dopadů regulace.

⁴²⁵ K tomu srov. Gerloch a kol. 2008: 248-50.

⁴²⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 77/06. Přehledný komentář tohoto nálezu, který jej vhodně uvádí to právního, historicko-politického ale i pojmového kontextu, obsahuje stať Jana Kudrny (Kudrna 2007).

⁴²⁷ Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/07. Podstatná část tohoto zákona přitom do něj byla vložena právě jako pozměňovací návrh ve druhém čtení, předložený poslancem (a předsedou vlády) M. Topolánkem.

⁴²⁸ K tomu nutno dodat, že tuto rovnováhu jako obecnou zásadu zavedla až Lisabonská smlouva, a to zavedením obecné (a subsidiární) kategorie „řádný legislativní proces.“ V období předcházejícím znala evropská normotvorba několik různých, postupně se vyvíjejících procesů tvorby práva, které se lišily zejména mírou zapojení Evropského parlamentu. Vedle předchůdce dnešního řádného legislativního procesu, kterým byl tzv. spolutvůrčí postup zavedený Maastrichtskou smlouvou, existoval především také tzv. kooperační postup (zavedený Jednotným evropským aktem), v rámci něhož měla Rada možnost Evropský parlament přehlasovat, podobně jako Poslanecká sněmovna může přehlasovat Senát (srov. Svoboda 2007: 84). Stávající podoba evropských normotvorných procesů je tak dílem dlouhého vývoje evropské integrace a také snahy

složení a fungování. Velkou zvláštností je absence jasně vyhraněných vztahů vlády a opozice v rámci Evropského parlamentu i postavení Komise, která jednak v zásadě disponuje monopolem v oblasti legislativní iniciativy, jednak může za stanovených podmínek vydávat odvozené, tzv. nelegislativní akty, které ale mohou příslušné legislativní akty nejenom v jejich mezích doplňovat, ale také měnit (Svoboda 2011: 101). Třetím faktorem zásadně ovlivňujícím proces tvorby práva na úrovni orgánů a institucí EU je pak mnohojazyčnost tohoto procesu, který probíhá ve všech úředních jazycích EU od předložení návrhu Komisí až po konečné rozhodnutí o tomto návrhu.

Formalizace evropského legislativního procesu se tak od formalizace české normotvorby výrazně liší. Kvůli zmíněné mnohojazyčnosti podléhá celý proces mnohem přísnějším formálním nárokům, zejména z hlediska lhůt – ty zde totiž nemají pouze jakousi obecně pořádkovou funkci, ale rovněž konkrétně přispívají k možnosti reálného fungování tohoto mnohojazyčného systému. Zvýšené formální nároky na tento proces však plynou i z ostatních zmiňovaných okolností – ať již jde o členění řádného legislativního procesu na tři čtení, které jsou se třemi čteními v Poslanecké sněmovně naprosto nesouměřitelné,⁴²⁹ nebo obecně vzájemnou interakci unijních orgánů, která si kvůli absenci jednoznačné přímé politické vazby odpovídající vládní stranické moci na národní úrovni vyžaduje formalizaci těchto vztahů v podobě dohod či jiných ujednání.⁴³⁰

Současně ale i takto formalizovaný postup obsahuje velmi významné prvky, které formalistickými rozhodně nejsou. Již samotná úprava trojího čtení, jak je uvedena v článku 294 Smlouvy o fungování EU (bývalý článek 251 Smlouvy o ES), obsahuje velmi neformalistický prvek v podobě tzv. dohadovacího postupu tvořícího předstupeň třetího čtení (odst. 10-12). Snaha o předcházení zbytečnému konfliktu mezi orgány EU je nicméně příznačná pro celý evropský legislativní proces: legislativní plán EU určují Evropský parlament, Rada a Komise společně, přičemž

o vyvažování různých institucionálních zájmů (k vývoji evropského legislativního procesu stručně a přehledně viz Craig a de Búrca 2011: 123).

⁴²⁹ Lze obecně říct, že první čtení řádného legislativního postupu EU zhruba odpovídá úhrnu všech tří čtení v Poslanecké sněmovně plus projednání Poslaneckou sněmovnou postoupeného návrhu v Senátu.

⁴³⁰ Srov. např. rámcovou dohodu o vztazích mezi Evropským parlamentem a Evropskou komisí (Úř. věst. L 304, 20.11.2010, s. 47), která je přílohou XIV k Jednacímu řádu Evropského parlamentu.

Evropský parlament se podílí i na přípravě pracovního plánu Komise (čl. 35 jednacího řádu Evropského parlamentu), příslušný výbor Evropského parlamentu může jmenovat zpravodaje k návrhu předpisu uvedeného v pracovním plánu Komise již v průběhu jeho přípravy a tedy před předložením do vlastního legislativního procesu (čl. 43 tamtéž), Komise se také vyjadřuje ke schváleným pozměňovacím návrhům předloženým v prvním čtení v Evropském parlamentu (již na úrovni příslušného výboru), a to před konečným hlasováním o návrhu legislativního usnesení (čl. 54-57 tamtéž). Poslední uvedený prvek souvisí s dalším dosti neformalistickým oprávněním Komise, a to kdykoli během přijímání aktu Unie změnit svůj návrh „dokud Rada nerozhodne“ (čl. 293 odst. 2 Smlouvy o fungování EU – bývalý čl. 250 Smlouvy o ES).⁴³¹ I tím je tak zajištěna větší ochrana navrhovatele, jehož úloha na rozdíl od české situace zdaleka nekončí předložením návrhu aktu.

Vidíme tedy, že formalizace procesu tvorby práva možná je, a to různými způsoby, které mohou být podmíněny také tím, zda je vůdčím principem tohoto procesu střet vlády a opozice, nebo „kompromis a dialog“ orgánů, které vůči sobě nejsou v inherentní politické opozici (Craig a de Búrca 2011:128). Nelze přitom jednoznačně říct, že by ten či onen způsob formalizace byl lepším nebo horším, anebo že by produkoval lepší nebo horší právní předpisy. Je však zřetelné, že právě formální či formalistické nároky lze v oblasti legislativní tvorby práva používat jako nástroje na zdůraznění či naopak potlačení některých jejích rysů.

Tak například větší nároky na předkládání pozměňovacích návrhů a třeba také silnější postavení⁴³² předkladatele na jedné straně potlačují možnost menšinových proudů (a to jak různých ekonomických lobby, tak menšinových politických proudů)

⁴³¹ Toto pravidlo je obecné a platí pro jakékoli rozhodování Rady na návrh Komise. V rámci řádného legislativního postupu se uplatní v prvním čtení, a to pokud by Evropský parlament přes nesouhlas Komise přijal změny původního návrhu, s nimiž Komise jako navrhovatel nesouhlasí, a hrozilo by, že se s nimi Rada ztotožní (srov. Craig a de Búrca 2011: 126).

⁴³² Zde je ale dobře vidět, že formalizace je jenom jedním z možných prostředků ovlivňování rysů legislativního procesu: postavení předkladatele lze posílit jak formalisticky (například zavedením nutnosti jeho vyjádření k předloženým nebo schváleným pozměňovacím návrhům), tak neformalisticky (třeba zavedením formálně neomezené možnosti stažení návrhu až do okamžiku jeho konečného přijetí).

zasahovat do výsledků legislativního procesu, na druhou stranu pomáhá k větší sevřenosti a koherenci těchto výsledků. A dále, výraznější formalizace legislativního procesu, včetně zavedení delších lhůt mezi jeho jednotlivými kroky, snižuje jeho pružnost a možnost reagovat na měnící se situaci, současně ale napomáhá legislativní kvalitě a stálosti právního řádu. Nemělo by se však zapomínat, že legislativní proces je pouze prostředkem tvorby právních předpisů, který tyto předpisy (a jejich vnímání či interpretaci) sice ovlivňuje, ale formálně obsahově nepředurčuje. Právě forma a obsah právních předpisů je ovšem tím, co je pro právní provoz opravdu důležité.

Formální náležitosti právních předpisů

Optikou úvahy o místě formalismu v právu se tudíž podívejme také na samotný výsledek legislativní tvorby práva, tedy formální náležitosti a formální požadavky na obsah právních předpisů.⁴³³ Pokud jde o formální náležitosti právních aktů či formální požadavky na jejich obsah, jsou v českém vnitrostátním prostředí spíše kusé. S trochou nadsázky tak lze říct, že nejpřísnějším formálním požadavkem na podobu zákona je § 3 odst. 2 zákona č. 309/1999 Sb. o Sbírce zákonů a o Sbírce mezinárodních smluv, podle kterého musí být v záhlaví příslušné částky Sbírky zákonů uvedený den jejího rozeslání.⁴³⁴

Požadavky na úrovni EU jsou v této oblasti o něco obsáhlejší a objevují se již na úrovni primárního práva. Čl. 296 Smlouvy o fungování EU tak stanoví, že „právní akty musí obsahovat odůvodnění a odkazovat na návrhy, podněty, doporučení, žádosti nebo stanoviska požadovaná Smlouvami.“ Nutnou součástí právního aktu EU (a to aktu aplikace práve i normativního právního aktu) tak je nejenom samotný normativní text, ale také odkazy na jeho východiska⁴³⁵ včetně příslušného právního

⁴³³ Je přitom nasnadě, že totéž se týká i textů návrhů právních předpisů – smyslem legislativního procesu nemá být doplňování nutných či potřebných náležitostí do „hrubého“ návrhu předpisu.

⁴³⁴ Přírozně zcela pomíjíme formálnost samotného způsobu zveřejňování zákona jeho publikací ve Sbírce zákonů, která je nutnou podmínkou pro to, aby nabyl platnost (viz Pavlíček a spol. 2011: 795).

⁴³⁵ V češtině se označují jako Právní východiska, v angličtině nebo slovenštině (v jednotném čísle) jako Citace (*Citation, Citácia*), ve francouzštině jako *Visa* (což je zřejmě odvozeno od uvozujícího slova „vu,“ kterým každý odkaz začíná), v němčině asi nejpřesněji jako *Bezugsvermerk*, tedy

základu a více nebo méně podrobné odůvodnění,⁴³⁶ které jsou jeho (publikovanou) součástí, ačkoli nemají normativní charakter.⁴³⁷ S těmito požadavky nelze srovnávat požadavek jednacího řádu Poslanecké sněmovny (v § 86 odst. 3) na to, aby součástí návrhu zákona byla také důvodová zpráva – ta se ostatně k návrhům aktů EU rovněž připojuje, nebývá však následně součástí znění aktu publikovaného v Úředním věstníku a na rozdíl od Právních východisek a Bodů odůvodnění ji nelze v rámci přijímání aktu měnit. Povinnost odůvodňovat rozhodnutí je upravena i v Listině základních práv EU (v čl. 41 odst. 2 písm. c)), a to jako jedna ze základních součástí práva na dobrou správu (tedy mimo rámec legislativních procesů *stricto sensu*, jak je známe na vnitrostátní úrovni). Vyžadovaná míra podrobnosti odůvodnění se přitom liší – od podrobného zdůvodňování individuálních aktů⁴³⁸ po obecný popis východiskové situace a cílů daného aktu v případě tzv. legislativních nařízení

zhruba Referenční odkaz. Uvádějí se na začátku aktu, hned za označením orgánu, který akt vydal, a uvozují se (každý jeden) slovy „s ohledem na.“ České označení je mimořádně nepřesné, protože „právním východiskem“ aktu Unie velmi často bývá zcela mimoprávní dokument (třeba zpráva mimovládní organizace) – to ovšem platí především u „mimoprávních aktů,“ jako jsou třeba nelegislativní zprávy Evropského parlamentu. I v případě právních předpisů však tato jejich část obsahuje mnohem více než prostý odkaz na právní základ daného předpisu, tedy články Smluv, na základě kterých byl přijat, případně také na příslušné akty sekundárního práva, jde-li o akt v přenesené pravomoci nebo vykonávací akt – uvádí se zde například odkazy na Komisi předložený návrh aktu, na stanovisko jiných orgánů Unie, na proběhlou konzultaci s relevantními agenturami Unie apod.

⁴³⁶ Body tohoto odůvodnění obvykle následují po výše zmiňovaných tzv. právních východiscích a obvykle jsou uvedeny návětím „vzhledem k těmto důvodům:“. V češtině se označují jako Body odůvodnění, což je na rozdíl od předchozí kategorie označení velmi výstižné. Jenom pro úplnost dodejme označení v jiných základních jazycích (v jednotném čísle): francouzsky *Considérant* (opět odvozeno od uvozovacího slova „*considérant*“), anglicky *Recital*, německy *Erwägung*. Slovenské označení *Odôvodnenie* není příliš vhodné, jelikož se stejně označují i případná zdůvodnění jednotlivých pozměňovacích návrhů v rámci procesu přijímání daného aktu.

⁴³⁷ Podrobnosti o označování jednotlivých částí dokumentů EU lze v relativně přehledné podobě nalézt na stránce Evropského parlamentu se vzorovými dokumenty [10]. Jedná se sice pouze o interní instrukce, nicméně jejich dosah a význam je dosti značný, jelikož zavazují také (i externí) překladatele.

⁴³⁸ Individuální charakter aktu je ovšem nutno posuzovat z hlediska jeho obsahu, nikoli právní formy. Typickým individuálním aktem tak je např. (prováděcí) nařízení, kterým se ukládá clo na konkrétní druhy výrobků z konkrétních zemí, případně i od konkrétních výrobců – rozsah odůvodnění zde mnohonásobně překračuje rozsah samotného normativního textu, na který obvykle stačí tři články. Srov. např. prováděcí nařízení Rady (EU) č. 78/2013 ze dne 17. ledna 2013, kterým se ukládá konečné antidumpingové clo a s konečnou platností vybírá prozatímní clo uložené na dovoz některých potrubních tvarovek ze železa nebo oceli pocházejících z Ruska a Turecka (Úř. věst. L 27, 29.1.2013, s. 1).

a směrnic. Tyto povinné náležitosti a jejich míru přitom stvrzuje i judikatura Soudního dvora (srov. Svoboda 2011: 121 a tam uvedené odkazy).

Srovnáme-li opravdu minimalistické (a v zásadě pouze judikaturou vytvořené a pozdějším vývojem dosti rozvolněné) požadavky kladené na české vnitrostátní právní předpisy s požadavky kladenými na předpisy evropské, zjistíme, že se jádro rozdílu vlastně vůbec netýká samotného normativního textu. Tedy přesněji: normativního textu předpisu se týká jenom zprostředkovaně. Tyto formální požadavky na obsah právních předpisů se totiž týkají té části jejich obsahu, kterou lze označit za metanormativní – tedy především formalizovaného odůvodnění a osvětlení východisek a postupu přijímání daného předpisu. Jsou tak výrazem toho, že právní předpisy nejsou (pouze) výkonem suverenity lidu realizované přes svrchovaný parlament, ale že jsou především projevem správy věcí veřejných jakožto služby usilující o obecné blaho, jakkoli se v této oblasti týká normativních, nikoli individuálních právních aktů.⁴³⁹

Současně ale nelze zapomínat na to, že normotvorba na úrovni EU má ve srovnání s tou vnitrostátní vskutku výrazná specifika, a to jak politická,⁴⁴⁰ tak společenská⁴⁴¹ či jazyková.⁴⁴² I s touto výhradou však lze říct, že formalizace nároků na obsah právních předpisů – díváme-li se na ni optikou srovnání české vnitrostátní normotvorby a normotvorby na úrovni EU – je (opět) jakýmsi omezením (zde omezením normotvůrce), jehož účelem není byrokratizace ve smyslu větší odtažitosti normotvorby od běžného života, ale naopak lepší zpřístupnění jejích výsledků (živoucím) adresátům norem – nároky kladené na formální podobu

⁴³⁹ Ve smyslu učebnicového rozlišení těchto dvou pojmů. Srov. Gerloch 2009: 70-1.

⁴⁴⁰ Sem patří již zmiňovaná absence jednoznačných vztahů a vazeb na linii vláda – opozice a naopak přítomnost specifických institucionálních vztahů mezi, obecně řečeno, Komisí jako strážkyní a zastánkyní integrace, Radou jako strážkyní a zastánkyní zájmů národních vlád a Evropským parlamentem jako heterogenním shromážděním se širokým spektrem politických zájmů s různou a v čase proměnlivou vahou.

⁴⁴¹ Ta souvisí s přetrvávající slabou vazbou mezi normotvorbou EU a občany EU, respektive pouze rudimentárním charakterem kanálů, které jim o ní zprostředkovávají informace, takže jsou akty orgánů EU v ještě větší míře takřkajíc odkázány samy na sebe.

⁴⁴² Publikované odůvodnění může výrazně ulehčit jednotnou interpretaci předpisu ve všech jeho jazycích, a to zvláště v situaci, kdy legislativní proces sice formálně probíhá ve všech jazycích paralelně, reálně se však pozornost věnuje pouze několika jazykům, zejména podle zájmu a možností členů zákonodárných orgánů či jiných dotčených subjektů.

právního předpisu mohou (například vhodnou formalizací jeho teleologického rámce) pomoci s výkladem úsporného právního jazyka.

Obsah právních předpisů

Přesuňme nyní svou pozornost k poslednímu okruhu témat, kterým se chceme v této kapitole věnovat, a to k tématu možnosti a vhodnosti formalistického normativního ⁴⁴³ obsahu právních předpisů. To je přirozeně velmi úzce spjato s tématem formalismu v interpretaci a aplikaci práva, kterému jsme se věnovali v kapitole předchozí. Následující stránky tak budou jistým uzavřením okruhu témat věnovaných praktickým ohledům právního provozu.

Východiskem našich úvah přitom bude teze, která se v diskusi o formalismu v právu, kterou jsme sledovali v první části této práce, vyskytovala opakovaně, vlastně na všech stranách a vlastně od počátku, z různých důvodů a v různé míře však bývala oslyšena: formalizovaná jazyková podoba právních pravidel výklad práva a jeho aplikaci deterministicky neurčuje, zcela zásadním způsobem je ale

⁴⁴³ Okrajově se však tohoto tématu týká také to, zda je nezbytné, aby zákon normativní obsah měl. Ve slavném prvním plenárním nálezu Ústavního soudu ČR (sp. zn. Pl. ÚS 19/93) tak byla potvrzena ústavní konformita zákona č. 198/1993 Sb. o protiprávnosti komunistického režimu a o odporu proti němu, a to přes „zřejmý deklaratorní charakter“ svých prvních čtyř paragrafů a vlastně i obecně přes svůj v zásadě nenormativní charakter.

Teze o nenormativním charakteru daného zákona není v nálezu uvedena explicitně, běžně se z něj však vyvozuje. Ústavní soud sice v nálezu (s odvoláním na tzv. lex Masaryk – zákon č. 22/1930 Sb.) říká, že v demokratickém ústavním státě má parlament „právo vyjádřit svou vůli i svá morální a politická stanoviska způsobem, který v rámci obecných právních zásad pokládá za vhodný a přiměřený – a to, případně, i formou právního zákona, pokládá-li za vhodné a účelné touto právní formou aktu zdůraznit společenský význam a dosah svého prohlášení,“ čímž míří zejména na preambuli a první čtyři paragrafy zákona; zejména však námitky skupiny (komunistických) poslanců proti zákonu odmítá jako „juristické,“ čímž dává najevo, že z jeho hlediska zákon samotný tuto kategorii překračuje. Ke skutečně „juristickému“ diskurzu se Ústavní soud uchyluje jenom v části C nálezu, zejména při posuzování § 6 zákona (o zmírňování trestů, na které se nevztahuje zákon o soudní rehabilitaci), který jako jediný od počátku skutečně normativní obsah měl.

Tezi o nenormativním charakteru tohoto zákona nicméně narušil sám zákonodárce, když zákonem č. 220/2011 Sb. do § 8 doplnil nový odstavec 2 (dokonce včetně poznámky pod čarou...) zmocňující Ministerstvo práce a sociálních věcí k tomu, aby vyhláškou zvýšilo „příplatek k důchodu ke zmírnění některých křivd způsobených komunistickým režimem v oblasti sociální.“ Ponechme to raději bez komentáře.

ovlivňuje. A to i v tom směru, zda bude či nebude v právní praxi tendence to-které ustanovení vykládat způsobem, který lze označit za formalistický.

Hned zkraje je totiž potřeba připomenout, že používáme-li pojem „formalismus“ jako kategorii popisnou (a její difamující významy pouze jako extrémní a spíše nežádoucí projevy obecně přijatelné tendence), lze jako „formalistický“ označit jeden ze základních rysů práva, jak jsme se s ním setkali již při aplikaci práva: tedy tu skutečnost, že právo již svou formou omezuje veřejnou moc, doslova „vytváří její meze.“ Z hlediska tvorby práva však tento rys nemá zdaleka tak jednoznačný význam, jako je tomu v oblasti jeho interpretace a aplikace. Spíše než vytvořením mezí může být totiž (zejména pak zbytečná či nevhodná) právní úprava jakýmsi vykolíkováním zlatokopeckého záboru, tedy vtažením veřejné moci do prostoru, kde předtím nebyla či ani býti neměla.

První nutnou úvahou tak je, zda není nepřiměřeným formalismem již samotná právní regulace dané oblasti či dané věci. Ostatně na nutnost právě takovéto úvahy se odkazuje snad ve všech textech věnovaných problematice tvorby práva – ať jsou (kvazi-) normativní⁴⁴⁴ nebo akademické.⁴⁴⁵ S prominentním postavením těchto úvah však přímo kontrastuje stávající praxe, která již dokonce vedla i k pregnantnímu zachycení problémů tvorby práva právní vědou, a to i na úrovni pojmové – „hypertrofie“ a „nestabilita“ právního řádu vyplývající z rozsahu právní úpravy a kadence jejích změn tak již dnes tvoří zavedenou součást pojmového aparátu české právní vědy.⁴⁴⁶ Tento aspekt tedy stačí jenom připomenout, a s Vladimírem Vopálkou zdůraznit, že „základem by vždy mělo být posouzení *nezbytnosti* právní úpravy. *A rozum.*“ (Vopálka 2007: 224, zdůraznění v originálu).

⁴⁴⁴ V článku 2 odst. 1 legislativních pravidel vlády tak čteme: „Přípravě každého právního předpisu musí předcházet podrobná analýza právního a skutkového stavu. Její součástí je i zhodnocení nezbytnosti změny právního stavu, a nejsou-li určité vztahy právním předpisem dosud upraveny, zhodnocení nezbytnosti rozšíření právní regulace i na tyto vztahy, ...“.

⁴⁴⁵ Zbyněk Šín považuje zásadu přiměřenosti a vhodnosti práva za jeden ze základních legislativněpolitických principů tvorby práva (Šín 2009: 8, 40-42), Jan Kysela spojuje absenci či nerespektování takovéto úvahy se snižováním úcty k zákonům (Gerloch a kol. 2008: 189), Vladimír Vopálka pak rovnou říká, že se podobnými úvahami „už normotvůrce prakticky nezabývá“ (Vopálka 2007: 220).

⁴⁴⁶ Hned na úvod sborníku o tvorbě práva v České republice Aleš Gerloch shrnuje „stěžejní atributy recentního stavu právního řádu České republiky“ právě pojmy hypertrofie, nestabilita a z nich plynoucí rozpornost (Gerloch 2007: 11).

Je přitom nutno zdržet se zkratkovitých úsudků, a to na kteroukoli stranu – i pro zdánlivě absurdní či úsměvnou oblast právní úpravy může existovat velmi pádný důvod.⁴⁴⁷

Související úvahou je pak to, jakou míru podrobnosti by tato právní regulace měla mít. Kromě již zmiňovaného nežádoucího vpádu právní regulace do oblastí, které si to nevyžadují, totiž může mít zbytečná či nevhodná právní úprava i jinou podobu, kterou velmi přesně popsal Vladimír Vopálka:

„...v zákonech upravujících veřejnou správu podlehli autoři předloh bůhvíproč přesvědčení, že čl. 2 odst. 3 Ústavy vyžaduje do nejmenších detailů popsanou její činnost. Objevují se v nich pasáže, které by soudný člověk váhal včlenit do interní směrnice, a není divu, že podobné texty mnohým nahradily realitu a přesvědčily je o tom, že permanentními novelizacemi ji lze skutečně měnit. Stačí nahlédnout do Sbírky zákonů za poslední léta pro poznání, že právní řád se blíží virtuálnímu světu počítačové hry.“ (Vopálka 2007: 220)

Omezení veřejné moci právními pravidly tak může při jejich nevhodné podobě přerůst v její svázání, ba překroucení do podoby, která zcela ignoruje podobu a

⁴⁴⁷ Typickým příkladem vybízejícím k opatrnosti je vyhláška Ministerstva životního prostředí č. 294/2006 Sb., o odchylném postupu pro usmrcování špačka obecného. Na ústech právníků obvykle vzbuzuje pobavený úsměv, pohled na mrak špačků převalující se nad vinicemi však u vinohradníků vyvolává spíše zděšení. Z jejich pohledu tak vyhláška reguluje velice významnou oblast jejich hospodářského života, což může z osobní zkušenosti potvrdit i autor této statě. Tuto zkušenost snad částečně mohou zprostředkovat záběry na hejna špačků, které lze nalézt v redakčním článku magazínu National Geographic Česko s názvem VIDEO: Roje špačků a magie ptačího hejna ze dne 7.9.2012 [31] – ve světle těchto záběrů je snad zřejmé, že hejna špačků se obvykle skutečně nepočítají na kusy, ale tisíce jedinců, jak to vyhláška v § 2 požaduje.

Pobavený, ale v podstatných ohledech přesný a kontextu rozumějící analýzu této vyhlášky lze nalézt v článku J. Kotáska s názvem *K smrti vyplašený* ze dne 25.10.2011 [22]. Nutno přitom podotknout, že se Kotásek nepozastavuje nad zbytečností této vyhlášky (naopak na závěr uvádí, že svůj cíl – „umožnit relativně šetrný odstřel špačků“ – v praxi v zásadě plní), ale spíše nad její formulační neohrabaností, která je ale zčásti způsobena snahou o pojmovou provázanost s jinými právními předpisy. A sluší se rovněž zdůraznit, že tento předpis není zákonem, ale pouze vyhláškou, a dosud (i po více než šesti letech své účinnosti) nebyl nikterak novelizován.

požadavky skutečného, ne-normativního světa.⁴⁴⁸ Na tento problém jsme přitom již narazili v kapitole věnované výkladu práva, kde jsme zdůraznili nutnost jakési výkladové diferenciaci formálně rovnocenných pravidel, a to zejména v oblasti provozně-procesní. Díváme-li se však nyní na tuto problematiku z pohledu tvorby právních předpisů, je na místě zdůraznit, že i této výkladové diferenciaci lze velmi efektivně pomoci vhodně zvolenými legislativními prostředky – ať už by to bylo delegováním části právní úpravy na předpisy nižší právní síly, nebo přehlednějším rozčleněním pravidel v rámci jediného právního předpisu.⁴⁴⁹

Přílišné svazování se však může týkat i jiných oblastí než výkonu veřejné moci, zejména však může mít přímý vliv i na jiné subjekty než jsou orgány veřejnou mocí disponující – připomeňme v tomto směru alespoň spor o registraci či evidenci církevních právníků osob, který řešil i Ústavní soud.⁴⁵⁰ Již vlastně folklórem je žehráni na byrokratické povinnosti uvalované na podnikatele, které jsou také jistou formou formalizace jejich činnosti. A stejně tak běžnou je argumentace, že právě množství těchto formálních či formalizovaných povinností od podnikatelské činnosti odrazuje. Naopak odstraňování formálních požadavků (v oblasti podnikání třeba zavedení paušálních výdajů za motorové vozidlo namísto vedení knihy jízd, nebo uplatňování výdajů pro daňové účely jako procenta z hrubých příjmů namísto vedení účetnictví) bývá považováno za opatření motivující k dané činnosti.

⁴⁴⁸ I zde lze opět odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Ans 2/2008: „Výklad práva je v tomto smyslu nutno činit tak, aby reflektoval potřeby ekonomické a společenské reality a nikoliv naopak, tedy že ekonomická a společenská realita toliko slouží potřebám práva, jeho formalit a musí se proto podříditi přirozeným tendencím orgánů veřejné moci o maximální usnadnění rozhodovacího procesu.“

⁴⁴⁹ Je přitom nutno uznat, že možnost zákonodárce (tedy parlamentu) zasahovat do podoby podzákoných předpisů je v ČR již na ústavněprávní úrovni dosti nešťastně okleštěna, takže se v zásadě omezuje na možnost předmětné nařízení či vyhlášku zákonem zrušit nebo nepřímo novelizovat (což samo o sobě je pro přehlednost a systematiku právního řádu velmi nevhodná legislativní technika). Využívání podzákoných předpisů na účely diferenciaci normativní síly jednotlivých pravidel upravujících danou problematiku by tak zřejmě pomohla větší formalizace procesu přijímání podzákoných předpisů, s možností ingerence parlamentu do jejich výsledné podoby – inspirovat se lze u evropských aktů v přenesené pravomoci a částečně také prováděcích aktů podle čl. 290 resp. 291 Smlouvy o fungování EU.

⁴⁵⁰ Nálezem sp. zn. Pl. ÚS 6/02 Ústavní soud námitkám částečně vyhověl, nálezem sp. zn. Pl. ÚS 2/06 však přeformulovaný a terminologicky jinak označený registrační princip shledal ústavně konformním.

Nejde však v tomto případě opět o onen lochnerovský typ formalismu, tedy zakrývání či zamlčování skutečných důvodů? Nemělo by být v demokratickém právním státě nezbytné, aby zákonodárce, chce-li nějakou činnost omezit, učinil tak otevřeně, a to buď přímým zavedením omezujících opatření (jako třeba zákazu výherních automatů v okruhu 100 m od škol, nebo koncesí či licencí pro provozování určité činnosti, nebo zvláštních daní či poplatků z omezovaných činností), nebo rušením zvýhodnění, která danou činnost činí atraktivní – nikoli však skrytě zavedením na pohled neutrálních formálních povinností?

I v oblasti tvorby práva by měl platit požadavek otevřenosti. Přijímané právní předpisy by neměly mít skryté účely či důsledky, naopak by se jejich možné důsledky měly předem znát a vyhodnocovat – role již zmiňovaného hodnocení dopadů regulace (RIA) by se v tomto ohledu měla možná i posílit (což je ovšem efektivně nemyslitelné bez zásadní změny legislativního procesu a omezení kreativní volnosti Poslanecké sněmovny). Bez změn v legislativním procesu lze přinejmenším vyslovit ideál, podle kterého by zákonodárce měl vědět jednak to, co chce daným formálním požadavkem dosáhnout, ale také to, zda je tento požadavek tím nejvhodnějším prostředkem k dosažení onoho cíle.

S tím ovšem souvisí ještě jeden rys legislativní tvorby práva, respektive obsahu jejích výsledků, který ovšem samotný legislativní proces výrazně přesahuje. I dobře míněný a teoreticky efektivní formální požadavek totiž může fatálně selhat, pokud se adresátům právních norem nezajistí přiměřená možnost jeho splnění bez zbytečných nákladů. Zavádění formálních požadavků by tak mělo provázet poskytování standardizovaných pomůcek usnadňujících jejich plnění, které můžeme označit zkratkou „formuláře.“

V digitálním věku ovšem takovýmto formulářem není v příloze zákona přetištěný vzor písemnosti, ale spíše různé datové soubory a soubory dat: od prostých digitálních formulářů, které si lze akorát v pohodlí domova vytisknout bez nutnosti návštěvy příslušného úřadu, přes formuláře s větší či menší mírou asistence při vyplňování, po datové matice a soubory dat umožňující zakomponování formálních požadavků do libovolných programových systémů a automatické generování požadovaných výstupů bez nutnosti manuálního přepisování dat. Zcela přirozená by rovněž měla být schopnost automatizovaného zpracování získaných

standardizovaných formulářů na straně příslušného orgánu veřejné moci. Prudký rozmach otevřených datových formátů a softvéru s otevřeným zdrojovým kódem k tomu přímo vybízí, ačkoli recentní české zkušenosti s IT projekty v oblasti veřejné správy jsou vážnou výstrahou před lehkovážností v přístupu k informatizaci veřejné správy a jejího styku s veřejností.

Takovéto „formuláře“ by měly být nezbytnou součástí tvorby právních předpisů s formálními požadavky. Současně je ovšem zřejmé, že jejich tvorba by jenom stěží mohla být součástí legislativní tvorby práva, přinejmenším v její stávající podobě. Jejich vhodnost a někdy až nezbytnost ovšem stejně tak jasně ukazuje, že by se tato stávající podoba měla proměnit tak, aby přiměřeně zahrnovala i tyto servisní či implementační aspekty, což zejména značí, že by se mělo v rámci předpisů, a to již na úrovni jejich tvorby, rozlišovat přinejmenším (pomůžeme-li si Hartovým příměrem) jejich normativní „jádro“ a implementační „polostín,“ neboli různé úrovně závaznosti jednotlivých normativních požadavků.

I v oblasti legislativní tvorby práva tak vidíme, že nejzákladnějším pro nalezení přiměřené míry a tedy správného místa formalismu v této oblasti právního provozu je věnovat tomuto cíli přiměřené myšlenkové úsilí. Tedy myslet na to, k čemu má daná právní úprava vést, zda to může dosáhnout a zda je k tomu nejvhodnějším prostředkem, a také jak lze její efektivitě pomoci vhodnými implementačními mechanismy.

20. Formalismus v právním vzdělávání a právní vědě

Na závěr se zamysleme nad tématem, které – jak jsme viděli v první části – stálo u zrodu diskuse o formalismu v právu, kterou jsme sledovali po celé 20. století, tedy nad formalismem v právním vzdělávání a právní vědě. A i zde budeme muset omezit naše úvahy na soudobou českou situaci. Odlišnosti v této oblasti napříč světem, zejména v právním vzdělávání, by si totiž pro adekvátní popis, natož pak posouzení, vyžadovali zcela samostatnou práci.⁴⁵¹

Právě od zjevných odlišností ale mohou naše úvahy začít. V první části jsme viděli, že vystoupení amerického právního realismu bylo motivováno jednak snahou o proměnu právní praxe, jednak snahou o proměnu právního vzdělávání. Je přitom nutno připomenout, že zásadní, praxí motivovanou proměnu americké vzdělávání právníků podstoupilo již koncem 19. století, kdy první děkan Harvard Law School Christopher Columbus Langdell⁴⁵² zavádí reformu dvojího typu: právo se má studovat jako skutečná věda,⁴⁵³ jejíž laboratoří je knihovna, a výuka má probíhat

⁴⁵¹ Stejně tak by si samostatnou práci vyžadovalo důsledné promyšlení východisek a podoby soudobého právního vzdělávání – viz například velmi inspirativní, ale také velmi obsáhlou monografii Paula Maharga z nedávné doby (Maharg 2007).

⁴⁵² Harvardova univerzita sice měla prominentní postavení mezi americkými vysokými školami prakticky od svého založení, její právnická fakulta (oficiálně otevřená v roce 1817) však poměrně dlouho spíše stagnovala – jednak kvůli konkurenci prakticky orientovaných „právnických učilišť“ (kromě práva převzaly Spojené státy z Británie také dvojí přístup k právnickému vzdělávání – univerzitní a „učňovský“ či koncipientický), jednak kvůli absenci nutnosti právního vzdělání či praxe pro vstup do advokátní profese v mnoha státech USA. Situace se sice výrazně zlepšila před polovinou 19. století, kdy zde podle možností přednášel soudce Nejvyššího soudu USA Joseph Story (a rovněž zde napsal svá stěžejní, zejména obchodněprávní díla), po jeho smrti však zájem o studium opět poklesl – počet studujících nepřekračoval 100. V roce 1870 tak Langdell nastupuje jako profesor na školu, která se místo úsilí o výjimečnou kvalitu snaží vůbec přežít. Jeho zvolení prvním děkanem této školy na podzim téhož roku tudíž předznamenává obrat, který je v mnoha ohledech takřka zázrakem (Seligman 1978: 21–32).

⁴⁵³ V anglofonní literatuře se dosud pojem „*legal science*“ vyskytuje velice zřídka, normou je označení „*jurisprudence*“ – tedy nikoli „věda“ jakožto *scientia*, ale spíše „nauka“ jakožto *prudentia*. Langdell a další se koncem 19. století pokoušeli vytvořit z *jurisprudence* skutečnou vědu v tomto smyslu, vědu bližší přírodním než (právě se rodícím) společenským vědám, od nichž se naopak snažili odlišit (Duxbury 1995: 12, pozn. 10).

formou sokratovského dialogu učitele se studenty, pomocí něhož mají studenti nahlédnout základní a obecné principy práva.⁴⁵⁴ Kritika právního realismu mířící proti langdellovskému přístupu se pak zaměřovala právě na tento reduktivní, na vědu aspirující přístup, opírající se o staré, často anglické a zásadně druhoinstanční soudní rozhodnutí, v němž spatřovala formalismus odpovídající kritizovanému formalismu soudních rozhodnutí té doby.

I bez důkladných znalostí právněakademického prostředí USA počátkem 20. století tak vidíme, že situace je s tou soudobou českou jenom obtížně srovnatelná. Obecně lze spíš nabýt dojem, že na langdellovskou revoluci se ve zdejším prostředí ještě pořád teprve čeká. Zamyslíme-li se však nad tímto tématem důkladně, zjistíme, že by tato revoluce, je-li skutečně zapotřebí, měla být dosti jiná než langdellovská, ačkoli by si amerických, více než sto let starých změn mohla a měla vzít v mnoha ohledech příklad a ponaučení.

Kritika z pera Michala Bobka

Volání po revoluci či alespoň velké změně právního vzdělávání v České republice přitom rozhodně není zřídkačným jevem – připomeňme alespoň několik let starý rozsáhlý kritický článek Michala Bobka (Bobek 2005). Tato práce však ani v této oblasti nemá ambici být prvoplánově voláním po reformě. I zde se proto zaměříme toliko na to, co má (v oblasti právního vzdělávání a potažmo právní vědy) smysl formalismem nazývat, a zda to má či nemá mít v těchto oblastech právního provozu místo.

Platí přitom, že například i právě Bobek české právní vzdělávání jako formalistické označuje a kritizuje: říká konkrétně, že je dogmatické, pozitivistické a

⁴⁵⁴ Pro stručný popis sokratovské metody viz Burkhart a Stein 1996: 120an. Duxbury nicméně připomíná, že metodu sokratovského dialogu začal používat již o několik let dříve děkan nově zřízené School of Jurisprudence na newyorské Kolumbijské univerzitě, T. W. Dwight. Zdůrazňuje rovněž, že motivací a vzorem pro tuto reformu mohl být pro Langdella mladý prezident (tedy zhruba rektor) Harvardovy univerzity, chemik Ch. W. Eliot (v době jmenování v roce 1869 mu bylo teprve 35), který metodou učebny-laboratoře nahradil tradiční přednáškovou metodu ve svém oboru. Stejně jako v případě Langdellovy metody přitom účelem praktických experimentů nebylo pouhé replikování toho, co se studenti dočetli v učebnicích, ale odvozování obecných principů z konkrétních případů (Duxbury 1995: 13, Seligman 1978: 32).

formalistické (Bobek 2005: 367), tedy mu vytýká hned několik z vymezení formalismu, jak jsme je s odkazem na Martina Stonea popsali na závěr první části této práce.⁴⁵⁵ I v českém prostředí se tedy formalismus jako kritické označení způsobu právního vzdělávání vyskytuje, přičemž nabývá právě těch významů, které již známe ze západní diskuse. Je tudíž na místě zamyslet se nad tím, zda by se v této souvislosti dal tento pojem použít i jako popisná kategorie, tedy zda do právního vzdělávání (přiměřený) formalismus patří. Vhodným pomocným vodítkem nám přitom může být právě Bobkova kritická úvaha – podobně jako v předchozích kapitolách se totiž i zde musíme již z prostorových důvodů zabývat pouze obecnými tendencemi a přístupy, a odkazy na konkrétní podobu a praxi českého právního vzdělávání používat pouze jako aforistické ilustrace.

Budeme-li přitom formalismem rozumět důraz na právní pravidla, v českém prostředí pak zejména důraz na právní pravidla formalizovaná v právních předpisech, již z popisu diskuse o formalismu v první části této práce je zřejmé, že je pro právo a tedy i právní vzdělávání neopominutelný. A ačkoli míra důrazu na formálně zachycená pravidla byla od amerických právních realistů (a jejich předchůdců a inspirátorů) po soudobé kritické směry předmětem rozsáhlé kritiky, odstranit pravidla jakožto základní kámen výuky práva se nikdo z nich nepokusil. Naopak se i ve velmi kritických statích zdůrazňuje jiná okolnost, jiný rys či úkol právního vzdělávání, který (ve spojitosti s českou právní kulturou a praxí) činí z pravidel velmi významný prvek výuky: právník by měl znát své řemeslo.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Bobek dogmatismem rozumí přesvědčení, že právo je uzavřený normativní systém, z něhož lze vždy vyvodit jedinou správnou odpověď, pozitivismem statické vnímání práva omezující analýzu na převyprávění textu právního předpisu, formalismem pak (z mnoha jeho tváří v českých podmínkách) jednak přesvědčení o výlučnosti některých psaných pramenů práva a opomíjení jiných pramenů a mimoprávních faktorů, jednak posedlost procesním právem (Bobek 2005: 367). Srovnáme-li tyto charakteristiky s definicemi formalismu uvedenými na konci první části této práce, zjistíme, že pokrývají podstatnou část sedmi Stoneových vymezení pojmu „právní formalismus.“ Podle Bobka tudíž české právní vzdělávání trpí právě těmi neduhy, které se v právu obecně pod nálepkou formalismu kritizují.

⁴⁵⁶ Připomeňme, že to, ústy fiktivního akademika Rodriga, opakovaně říká Richard Delgado (Delgado 1997: 1119, 1138), a to právě v reakci na zdůrazňování kritického myšlení a analýzy politiky ze strany Rodrigova spolustolovníka Profesora.

Co ono řemeslo v českém prostředí je? I zběžnému pozorovateli musí být snad zcela jasné, že jde především právě o práci s pravidly – hmotněprávními i procesněprávními. Bylo by proto veskrze bláhové a kontraproduktivní, kdyby se od tohoto aspektu právního provozu při právním vzdělávání ustupovalo. Zcela jiná otázka ovšem je, co by ona „práce s pravidly“ měla obnášet. Zejména pak, nakolik se má klást důraz na „práci,“ kterou lze rozumět právnické schopnosti či dovednosti, a nakolik na samotná „pravidla,“ budeme-li tímto pojmem označovat konkrétnější vědomosti, zejména pak znalost jednotlivých ustanovení právních předpisů – a ovšem také to, nakolik má být tato „práce“ prochnuta něčím, co konkrétní právní ustanovení i techniky a postupy jejich poznávání a aplikace přesahuje.⁴⁵⁷

Zamyslíme-li se tedy nad Bobkem kritizovanými rysy českého právního vzdělávání ve světle jakési řemeslné přípravy, vyjeví se nám jejich problematičnost v jiném světle. Problémem pak nebude to, že se kritizovaný formalismus v mnoha jeho podobách v českém právním vzdělávání vyskytuje, ale spíše to, že toto vzdělávání formalistický přístup nepřekračuje. Tvzení, že české právní vzdělávání ovládá dogmatismus v podobě přesvědčení, že právo je uzavřený normativní systém, z něhož lze vždy vyvodit *jedinou* správnou odpověď, je možná spíše nepřesné než nesprávné. Při celkovém pohledu na právní teorii a vědu 20. století lze totiž říct, že možnost nalezení odpovědi či řešení v právu jakožto (více či méně) uzavřeném normativním systému nebyla a není zásadní tezí, ale spíše zásadním tématem, přičemž různé myšlenkové směry připisují jeho jednotlivým aspektům různě velký význam.

Platí přitom, že i ty nejkritičtější směry důležitost této základní právnické dovednosti – tedy *hledání* odpovědi v právu jakožto víceméně uzavřeném normativním systému – nezpochybňují, leda v tom, že jde o základní, nikoli však

⁴⁵⁷ I Michal Bobek s odkazem na obecnější pedagogickou literaturu tvrdí, že právnické studium by mělo sledovat „tři skupiny cílů: 1. hodnoty, 2. schopnosti a dovednosti, 3. vědomosti,“ a to v uvedeném pořadí důležitosti (Bobek 2005: 367).

jedinou či výlučnou právnickou dovednost.⁴⁵⁸ Je proto také nezbytné, aby právnické vzdělávání takovýto „dogmatický“ přístup zahrnovalo a právnického adepta na jeho používání co nejlépe připravilo. Stejně tak je ale nezbytné, aby se v rámci studia studenti seznámili i s omezeností tohoto přístupu a naučili se propojovat jej s přístupy jinými.

Jakožto právník musí totiž absolvent právnického studia nejenom umět „správně“ k právu přistupovat, ale také posuzovat to, jak k němu přistupují jiní. Právě v tom je přirovnávání práva k řemeslu svízelné. Zvládne-li řemeslník novou, lepší technologii, než jakou používali jeho předchůdci a používá většina jeho současníků (například obkladač lepení na stavební lepidlo namísto cementové malty), je pro jeho následnou praxi zbytečné, aby starší technologii znal do větší hloubky než té, která mu umožňuje přesvědčit zákazníky o výhodnosti jeho technologie. V právu jakožto „řemeslu“ diskurzivním⁴⁵⁹ to ale rozhodně neplatí, protože právník se s argumentací založenou na jiném (starším, překonaném, ...) přístupu bude nutně setkávat a konfrontovat, přičemž musí být schopen nejen přesvědčit o správnosti svého přístupu (což nemusí být vždy snadné), ale také rozpoznat chyby a nedůslednosti při uplatňování jiných přístupů, a to vše primárně nikoli vůči laické veřejnosti (svým „zákazníkům“), ale zejména vůči kolegům právníkům.

Právník-absolvent však potřebuje nejenom umět právo používat, k právu přistupovat, ale do značné míry musí právo (ve smyslu konkrétního znění, nebo alespoň ustáleného významu právních pravidel) i znát.⁴⁶⁰ Vzhledem k nestálosti a přebujelosti právního řádu samozřejmě nemohou být jeho znalosti v této oblasti

⁴⁵⁸ A to zhruba ve stylu českého Ústavního soudu, který již v roce 1997 v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 konstatoval, že „jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě.“

⁴⁵⁹ V jedné americké „učebnici právního studia“ se o právu říká, že je to „literární profese“: „právní profese žije a dýchá psaným slovem“ (Moliterno a Lederer 2010: 67). Jako pobídka pro studenty, aby se dovednostem v oblasti psaní intenzivně věnovali, je to teze správná. Jako obecný popis charakteristiky právního řemesla to však nedostačuje, a to ani tehdy, pokud bychom část „mluveného“ slova v rámci právní praxe pod to psané podřadili: pořád totiž zůstane velmi podstatná část právního provozu, která má povahu přímého dialogu, který má se psaným slovem společného jenom málo.

⁴⁶⁰ I v anglicky psané právní vědě se uznává, že znalosti právního profesionála i studenta nutně zahrnují jak propoziční znalosti („vědět co“), tak znalosti procesní („vědět jak“) (Bell 2003: 908).

nijak encyklopedické, přesto je nezbytné, aby přinejmenším v oborech, kterým se v praxi věnuje, právník základní právní pravidla znal a ve zbytku se s větší či menší mírou přesností orientoval. I to totiž souvisí s povahou práva jakožto „diskurzivního řemesla“: osoba neznající ani základní pravidla (a která se tudíž opírá o neustálé nahlížení do pramenů práva či jiných dokumentů) může jen stěží být důstojným, natož pak úspěšným argumentačním partnerem či protivníkem. I výtky mířící na „memorování textů právních předpisů“ tak popisuje toliko nežádoucí a extrémní podobu něčeho, co je obecně vzato nutnou součástí právního vzdělávání. Platí ovšem rovněž, že „to podstatné“ se nejlépe učí praktickým používáním, nikoli nerozlišeným memorováním textů právních předpisů – metodicky je tedy tato výtky zcela na místě, ačkoli skutečné podobě soudobého právního vzdělávání odpovídá jenom částečně.⁴⁶¹

Statické a formalistické vzdělávání v právu

Míří-li další výtky na „pozitivismus“ právního vzdělávání spočívající ve statickém vnímání práva, které omezuje analýzu na převyprávění textu právního předpisu (Bobek 2005: 367), jde vlastně o další variaci na totéž téma. Statické vnímání práva je pro jeho povahu normativního systému, na základě kterého se přijímají rozhodnutí, naprosto příznačné a zásadní. Podpis smlouvy, vydání usnesení, hlasování o právním předpise, nebo ještě výrazněji nabytí právní moci rozhodnutí či účinnosti předpisu – to vše jsou situace, pro které je jakési zmražení času a ostré odlišování „před“ a „po“ zcela typické a nezbytné. A to až natolik, že součástí kvalitní legislativy jsou pravidelně přechodná ustanovení či jiné přechodové instituty,⁴⁶² které právě tento ostrý přechod řeší. Tedy opět: statické vnímání je pro právo nezbytně důležité, stejně tak je ale důležité povědomí o jeho omezenosti a o dynamických a diachronních aspektech právní regulace.

⁴⁶¹ Je příliš odvážným tvrzení (empiricky podložené pouze pozorováním autora této práce), že memorování textů předpisů není tolik vyžadovanou metodou, jako spíše metodou preferovanou studenty, kteří se vlastní (zvláště interaktivní a tedy seminární) výuky programově neúčastní a vědomosti nezbytné pro absolvování příslušné zkoušky pak nabývají intenzivním samostudiem, které jenom stěží může mít příliš jinou podobu?

⁴⁶² Typicky „věk blízký věku mladistvých“ jako polehčující okolnost podle §41 písm. f) trestního zákoníku (zákona č. 40/2009 Sb.).

Poslední okruh sledovaných výtek se pak týká toho, co nazývá „formalismem“ (který „má v českých podmínkách mnoho tváří“) i sám Bobek (2005: 367) – tedy (z oněch mnoha tváří) jednak „posedlost“ procesním právem, jednak přesvědčení o výlučnosti některých psaných pramenů práva a opomíjení jiných pramenů a mimoprávních faktorů. První výtku i Bobek směřuje spíše vůči praxi, její základy jsou však, podle něj, položeny již na právnických fakultách. Že vůči praxi je tato výtku do značné míry oprávněná, to jsme viděli již v exkursu do české judikatury, a této problematice jsme se již také věnovali v předchozích kapitolách. Pohled na právnické vzdělávání však zdaleka tak jednoznačný není: procesněprávní výuka nemá ve studijních plánech ani výsadní, ani objemově nadměrné postavení, navíc i přes postupné změny přetrvává veskrze přednáškově-seminární, tedy ne-praktická výuka procesu (připomínající tím pádem teoretickou výuku plaveckých stylů), díky čemuž procesněprávní odvětví u studentů rozhodně nepatří mezi oblíbená.⁴⁶³ V takto redukované podobě tak Bobkova námitka stěží obstojí. Také sám autor ji proto rozvádí a vysvětluje jako projev argumentační neschopnosti, která procesní klíčky využívá na vyhnutí se (hmotněprávnímu) argumentačnímu střetu. V této podobě je hledání souvislosti s právním vzděláváním mnohem snazší: nejde již o to, zda a nakolik se preferuje ten či onen právní obor, jak by se mohlo na první pohled zdát, ale spíše (opět) o to, co se (jaksi „nadoborově,“ obecně) na právnických fakultách učí a neučí. Nepoukazuje se zde na preferenci některých vědomostí, ale spíše na absenci výuky (argumentačních) dovedností – a ta je dosud naprosto zřejmá a překonává se jenom velmi pozvolna.

Druhá výtku pak odkazuje na tu část diskuse o formalismu v právu, které jsme se již věnovali i ve vztahu k českému prostředí. Zde ovšem konkrétněji míří na preferenci (zejména) zákonů jakožto psaných pramenů práva, což je téma, které má v českém prostředí dokonce (dosti nešťastně) i ústavněprávní rozměr – dle čl. 95 odst. 1 Ústavy je soudce „při rozhodování vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu.“ Přidáme-li k tomu pozitivistickou tradici české

⁴⁶³ Alespoň jako anekdotu je však potřeba zmínit, že je současně dlouhodobou studentskou zkušeností, že klíčem k úspěchu v klauzurní práci z trestního práva je dobře zvládnutá procesní část, neboť v té hmotněprávní je mnohem snazší dopustit se chyby již na začátku (při určování skutku), což vede k nesprávnosti i navazujících odpovědí.

právní vědy i praxe,⁴⁶⁴ jejich obecný konservativismus a to, jak minimálně se námi sledovaná západní diskuse dotkla českého prostředí, vůbec například nepřekvapí, že článek Zdeňka Kühna z roku 2001, zaměřený na prolomení této legalistické hráze, nese v názvu vážně míněnou otázku, zda jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí pramenem práva (Kühn 2001a). Příznačné přitom je, že na takto položenou otázku Kühn v článku vlastně ani neodpovídá, protože zejména (s odkazem na dlouhou tradici sahající přinejmenším až ke Grayovi či Kelsenovi) zpochybňuje vhodnost používání pojmu „pramen práva“ jako takového. Naopak se snaží v elementárních a teoretických rysech ukázat, jak a nakolik mají být principy a judikatura pro přijímání právních rozhodnutí relevantní, aniž by bylo nezbytné vyřešit to, zda mají či nemají povahu „pramene práva“ – otázka je tak (stejně jako formulace Bobkovy kritiky) spíše jenom jakousi návnadou, jež má za účel přitáhnout pozornost publika, které o právu uvažuje v těchto schematických pojmech.⁴⁶⁵ Zdaleka nejvýstižněji pak svízelnost problematiky „pramenů práva“ ilustruje předmluva knížky, kterou se Kühn a Bobek (a další) o prolomení této staré zažité doktríny pokusili nejvýrazněji: předseda Nejvyššího správního soudu Josef Baxa ji začíná zvoláním „Konečně!“ (Kühn, Bobek a Polčák 2006: iii)...

Různorodost právní vědy

Baxovo zvolání je nicméně pouze dalším z řady signálů, které nás upozorňují na souvislost, které jsme se zde dosud příliš nevěnovali, ačkoli se s posuzováním a kritikou českého právního vzdělávání (i v Bobkově článku) nutně prolíná: a to na souvislost s (českou) právní vědou. Tato souvislost je přitom, zvláště v námi

⁴⁶⁴ Nelze ale pominout jistou emancipaci, kterou lze i na nižších stupních soudní soustavy pozorovat v poslední době – srov. např. přehlednou sondu prvoinstančního soudce do jedné z oblastí této problematiky (Svoboda 2012), která se rovněž v názvu drží schématu „majestátu zákona.“ K vývoji pohledu české právní vědy a praxe na tzv. jiné prameny práva viz. Mates 2013.

⁴⁶⁵ S touto poněkud schizofrenní situací se nicméně lze setkat i v různých pozitivněprávních oborech – učebnice trestního práva procesního například pravidelně a již dlouhá léta v kapitole věnované pramenům trestního práva procesního zdůrazňují, že těmito prameny jsou výhradně právní předpisy (např. Jelínek a kol. 2010: 55an., důrazněji Musil, Kratochvíl, Šámal a kol. 2007: 46an, zvl. 68an.), při vlastním výkladu se ale o judikaturu běžně opírají (např. v případě přípustnosti důkazního prostředku tzv. detektoru lži – Jelínek a kol. 2010: 347, Musil, Kratochvíl, Šámal a kol. 2007: 419; posledně zmiňovaná učebnice dokonce obsahuje rozsáhlý rejstřík publikovaných trestněprávních judikátů).

sledovaném tématu formalismu v právu, natolik zásadní, že než uzavřeme úvahy o právním vzdělávání, je zcela nezbytné zamyslet se nejdříve rovněž nad právní vědou a formalismem v ní.

Díváme-li se na českou právní vědu, nutně nás z formálního hlediska zaujme již její rozčleněnost na poměrně širokou škálu jednotlivých odvětví s dosti omezenými přesahy.⁴⁶⁶ To je samozřejmě zcela přirozené a obvyklé, pro naše zamyšlení to ale znamená, že kvůli relativní oddělenosti jednotlivých právněvědeckých disciplín je obtížné popsat (českou) právní vědu obecně a místo formalismu v ní. I když se jenom heslovitě zamyslíme nad třemi základními odvětvími platného práva (občanské právo hmotné či obecněji soukromé právo, trestní právo, správní právo), nutně si povšimneme zcela zásadních odlišností jak co do předmětu jejich zkoumání, tak co do jeho metod a přístupů.

Lze-li tak soukromé právo ve hrubé zkratce označit za právo smluvní autonomie, trestní právo se naproti tomu zabývá nejzazší mezí právní regulace a mocenského donucení ze strany státu, no a právo správní zase každodenním fungováním státní moci v její různorodosti. Každé se primárně obrací na jiné adresáty, každé jinak přistupuje jak k formalizované právní úpravě, tak k mezinárodní komparaci – a totéž platí pro příslušné odvětví právní vědy.

Ptáme-li se tedy po místě formalismu v právní vědě, je odpověď již proto nutně složitá. Samozřejmě i pro právní vědu platí všechno to, co jsme viděli již v kapitole věnované interpretaci a aplikaci práva. Je zde ale významný rozdíl: právní vědec nenese odpovědnost za rozhodování, zodpovídá se pouze vůči pravdě, nebo snad přesněji vůči poctivosti vědeckého bádání. Tím spíš by ale neměl být ve svém bádání svazován, ať už právními předpisy, vědeckou tradicí či judikaturou na jedné straně, nebo politickými či jinak takzvaně mimoprávními ohledy na straně druhé. Tím se ovšem nemyslí, že by měl kterýkoli z těchto ohledů ignorovat – právě naopak, k moderní právní vědě komplexní pohled na zkoumanou problematiku bytostně

⁴⁶⁶ Sporadické přesahy se týkají takříkajíc sousedních disciplín: typicky například správního a ústavního práva (V. Sládeček), teorie práva a ústavního práva (A. Gerloch, J. Wintr), či občanského práva a právní teorie (V. Knapp).

patří.⁴⁶⁷ Zejména ve vztahu k právním předpisům jí však spíše než pokora soudce svědčí odvaha advokáta, vyjádříme-li tento poměr obrazně.

Právní věda a praxe

Vztah k praxi je vůbec velkým tématem právní vědy, a to obecně i v českých podmínkách. Ve zdejším prostředí je to navíc umocněno velmi rozšířenou „personální unií“ mezi praxí a akademickým prostředím, kdy jen málo právních vědců není současně aktivně praktikujícími právníky.⁴⁶⁸ To se sebou přináší nejen důsledky v oblasti profesní etiky (srov. Richter 2013), ale také obtíže v oblasti celkového přístupu k právu, který se v jednotlivých právních profesích poněkud liší.⁴⁶⁹ I toto je spíše téma pro monografii než několik řádků úvah, problematické body proto spíše naznačíme, než důsledně prozkoumáme. Zcela pominout tuto problematiku by ovšem rovněž nebylo vhodné.

Již několikrát jsme v této práci zmínili, že právník, a to i kritický akademik, musí znát své řemeslo. Právníkovo řemeslo je přitom řemeslem velmi zvláštním, neboť je do značné míry řemeslem diskurzivním: výtvoři právníků tak jakoby nemluví samy za sebe (jak to lze obrazně říct o šatech ušitých na míru nebo kovaném plotu) – nebo alespoň zdaleka ne vždy – nýbrž svůj význam nabývají právě v řeči, diskusi – ať už jde o neformální vyjednávání smlouvy nebo formalizovanou soudní při. Současně ale platí, že rozsáhlé části práva lze jakožto svébytné normativní *texty*

⁴⁶⁷ V českém prostředí nicméně rezonuje jakési podvědomé dědictví normativismu jakožto úsilí o skutečně čistou právní vědu, čistou vědu norem. K tomu lze jenom dodat, že skutečná normativní právní věda odpovídající Kelsenem a Weyrem vytyčeným zásadám (jak jsme je nastínili v příslušné pasáži první části této práce) se zde v dnešní době rozhodně neprovozuje a je spíše sporné, zda se zde kdy provozovala – tedy zda těmto ideálům odpovídala i práce brněnské normativistické školy.

⁴⁶⁸ Tato teze je ověřitelná pouze poněkud náročným (a na hraně ochrany osobních údajů se pohybujícím) empirickým výzkumem. Částečně jej pro svůj článek věnovaný konfliktním rysům spojení právní vědy a praxe uskutečnil Tomáš Richter, přičemž zjistil, že zhruba čtvrtina akademických pracovníků českých právnických fakult je současně advokáty (Richter 2013: 137). Přimyslíme-li k tomu soudce (pro které je vědecká činnost jednou z mála povolených vedlejších činností), asistenty soudců, pracovníky ministerstev či jiných správních úřadů, sporadicky také státní zástupce či notáře, ale také právníky s praxí mimo rámec advokacie, tento podíl se ještě výrazně zvýší.

⁴⁶⁹ Zdeněk Kühn uvádí právě odlišnost jednotlivých úhlů pohledu na právo jako důkaz neudržitelnosti tradičně dogmatického pohledu na právo (Kühn 2005: 3)

do větší či menší míry studovat i bez přímé vazby na praxi a praktické diskurzivní konfrontace. Právní věda se tak přirozeně pohybuje kdesi mezi abstrakcí zcela odtrženou od praxe na jedné straně a prakticistními příručkami na straně druhé. Právní vědec, který je současně praktikujícím právníkem, by tedy měl být takřka ideálem. Nebo snad ne?

Omezenost takového ideálu lze velmi dobře ilustrovat na právních (pod)oborech, které mají k praxi nejbližší – třeba na insolvenčním právu, které se z definice zabývá řešením situací krizových a nestandardních, a proto je jenom stěží uchopitelné od onoho Kantorowiczova zeleného stolu (s Kodexem a jedinečným právníckým myšlenkovým postupem). Praktikující právní vědci v této oblasti publikují poměrně často, a to i v oblastech s výraznými teoretickými rysy,⁴⁷⁰ chtějí-li však publikovat dílo rozsáhlejší a obecnější, musí jej zahájit dosti elementární teorií, neboť v tomto ohledu (pro vlastní další výklad nezbytném) nemají na co odkázat (viz Richter 2008: 24-25). I takto praktické odvětví právní vědy je tak vlastně brzděno absencí ryze teoretických děl, která by vytvářela jeho rámec.

Právní věda jako kolektivní věda

Ideálem tedy zřejmě není směs právního vědce a právního praktika v jediné osobě, ale spíše směs „teoretiků“ a „praktiků“ v rámci jednotlivých odvětví právní vědy. Z rozdrobenosti a překotných změn totiž zejména plyne, že se právní věda mnohem více než kdy předtím stává vědou kolektivní, jakkoli má součinnost v jejím rámci přirozeně jinou podobu než ve vědách přírodních, potažmo empirických. V této souvislosti se přímo nabízí přehodnocení role institucionální formalizace právní vědy, jak můžeme charakterizovat v českém prostředí tradiční vysokoškolské katedry jednotlivých právních odvětví.⁴⁷¹ Ty dnes působí především jako jakési referenční centrum oboru, v jehož rámci vzniká standardní učebnice, která obor

⁴⁷⁰ Oldřich Řeháček a Milan Vrba tak kupříkladu analyzují pojetí neúčinnosti právních úkonů v rámci insolvenčního řízení, ovšem ve světle protichůdné judikatury vyšších soudních instancí (Řeháček a Vrba 2013).

⁴⁷¹ Je možná vhodné připomenout, že v českém akademickém prostředí obecně není role kateder vůbec jednotná – v humanitních a společenskovědních oborech například jednotlivé katedry tradičně zajišťují výuku (víceméně) celého studijního oboru, a jsou tak i z pohledu „svých“ studentů přirozeným akademickým centrem.

definuje.⁴⁷² Principem je tedy jakési rozkročení, vy-mezení či vykolíkování prostoru, který dané právní odvětví považuje za „svůj.“ Právní obory se tak definují svou hranicí, mezí, uvnitř které se v daném oboru bádá a učí.

Z hlediska současného, dynamicky se rozvíjejícího právního řádu, jak jsme jej v předchozích kapitolách nastínili, je však takovýto přístup nepříliš vhodný. Mnohem účelnější – a charakteru právní vědy jako vědy kolektivní mnohem lépe odpovídající – by byl model v podstatě obrácený: pořádacím principem by neměly být hranice, ale spíše jakási gravitační jádra; mělo by jít nikoli o vymezování, ale spíše o jakousi vědeckou náklonnost či přitažlivost a ovlivňování. Vysokoškolské katedry jednotlivých právnických oborů by tak měly být v tomto smyslu gravitačními centry vědeckého bádání, kde se pěstuje základ daného oboru a současně sleduje (a „přitahuje“) bádání ve vědeckém okolí. A ona monografická učebnice by pak neměla být (primárně) vymezením oboru, ale spíše shrnutím onoho bádání

I zde tak lze Michalu Bobkovi přisvědčit jenom částečně: proměna právní vědy, po které volá, by se měla týkat právní vědy jako takové, jako celku – nikoli nutně každého jednotlivého produktu této vědy. Jeho volání (Bobek 2005: 368) po větším důrazu na metodologii, abstrakci a komparatistiku lze právě tehdy, budeme-li mu rozumět jako volání po větším prostoru pro tato témata v (české) právní vědě, rozhodně přisvědčit.

Metodika a metodologie právní vědy

A ostatně právě metodologie právní vědy souvisí s tématem této práce asi nejméně. Výše jsme sice uvedli, že se přístupy jednotlivých právních věd velmi liší, nad metodikou a metodologií právní vědy se nicméně lze zamyslet i obecně. V českém prostředí to pak nutně vede ke zjištění, že jde o snad nejvíce pomíjenou součást právní vědy. Nejde přitom pouze o to, že kromě Knappovy Vědecké propedeutiky (Knapp 2003) se tématem metod právní vědy explicitně nezabývá žádné české knižní dílo – výslovně metodologických knih je i v anglofonní sféře spíše

⁴⁷² Toto zjednodušení na „ideální typy“ samozřejmě neplatí ve všech případech, jak znalci poměrů na pražské právní fakultě dobře ví.

poskrovnu.⁴⁷³ Mnohem důležitější je, že si česká právní věda zpravidla otázku metodologie takřka vůbec neklade a své výzkumné metody používá zcela implicitně a nezdůvodněně.⁴⁷⁴

Ona „otázka metodologie“ se totiž dělí na dvě: *jaká* je metoda, kterou používám, a *proč* používám právě tuto metodu.⁴⁷⁵ A právě toto rozlišení nám může pomoci lépe nahlédnout její důležitost. Klademe-li si otázku metodologie, snažíme se uchopit předmět svého bádání jaksi předem, snažíme se rozhlédnout, jsme nuceni zamyslet se nad motivací i postupem svého bádání. Je samozřejmé, že odpověď na dvojčedinou otázku metodologie bude do značné míry podmíněna předmětem našeho zkoumání – již výše jsme ostatně uvedli, že rozdílnost přístupů v různých odvětvích je právní vědě přirozeně vlastní. Samostatným uchopením metodologie však lze docílit toho, aby zkoumání nebylo ve vleku svého předmětu, k čemuž textová povaha právních pramenů přirozeně svádí.

Faktem nicméně je, že pro otázku metodologie nejsou v prostředí české právní vědy nijak zvlášť příznivé podmínky.⁴⁷⁶ I Knappova propedeutika se primárně věnuje zejména právní logice a výkladu právních norem, takže jenom prohlubuje dojem, že metody právní vědy splývají v jedno s metodami interpretace práva. Ta by přitom měla být pouze jednou – jakkoli významnou – součástí právní vědy a výzkumu v jejím rámci. To se sice v české právní vědě alespoň implicitně uznává (jak lze vidět v rozlišování analýz a úvah *de lege lata* a *de lege ferenda*), na metodologické rovině se to však příliš neprojevuje. Z pohledu zahraničních metodologických

⁴⁷³ Jde přitom (ostatně podobně jako v případě Knappovy knihy) obvykle o jakési příručky k Ph.D. (Morris a Murphy 2011) nebo obecněji k právním disertacím (Salter a Mason 2007). Takřka legendární je i mimořádně úspěšná britská příručka pro aspiranty na získání PhD – nevěnuje se sice specificky právu (a jeho metodám), zřetelně však ukazuje význam metod a metodologie pro (jakýkoli) výzkum (Phillips a Pugh 2010).

⁴⁷⁴ Nutno ale říct, že takto implicitní používání textuálního přístupu je běžné i v zahraničí – Salter a Masonová konstatují, že studenti a akademici používající textuální přístup se jenom zřídka explicitně zamýšlejí nad jeho klady a zápory (Salter a Mason 2007: 46).

⁴⁷⁵ V anglofonním prostředí se někdy používá rozlišení mezi „*methods*“ jakožto popisem metodiky a „*methodology*“ jakožto jejím zdůvodněním v kontextu daného výzkumu či dané práce – autor této práce se s tím setkal během svého studijního pobytu na University of Kent.

⁴⁷⁶ A raději rovněž dodejme, že rozhodně nepatří mezi oblíbené ani v cizině – i již zmiňované výzkumné příručky věnují dosti rozsáhlý prostor vysvětlování toho, proč je toto zamyšlení důležité (viz Salter a Mason 2007: 31an., Morris a Murphy 2011: 28-30).

příruček tak česká právní věda v zásadě uplatňuje reduktivní textuální (tzv. *black-letter*) přístup bez povědomí o jeho omezeních (srov. Salter a Mason 2007: 44).

Je přitom nutno si uvědomit, že samotný textuální přístup⁴⁷⁷ není ničím překonaným či dokonce nepřipustným. Právě naopak – je právu bytostně vlastní a pro právní vědu, zejména má-li ambici zůstat v kontaktu s praxí, zcela nezbytný. Právě textuální přístup je totiž primárně zaměřen na popis toho, co v dané chvíli a dané věci „je“⁴⁷⁸ právo, na zprehlednění a systematizaci právního řádu, na nastínění možných normativních rozporů a jejich řešení.⁴⁷⁹ Z hlediska našeho zkoumání je pak významné, že právě textuální přístup bývá nejčastěji spojován (někdy až ztotožňován) s formalismem v právní vědě. Přitom současně platí již zmíněná teze, že jde o přístup obvykle spíše implicitní, bez výslovné a závazné artikulace metodiky, který se tudíž (a to i ve výše zmíněných směrech) projevuje spíše jako tendence (Salter a Mason 2007: 47).⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Takto lze asi nejlépe přeložit anglické označení „*black-letter approach*“, které se připisuje „tradiční právní metodologii (...) zaměřené takřka zcela na vlastní jazyk práva, jak je zachycen v zákonech a judikatuře, z něhož se snaží právnímu světu rozumět,“ přičemž se „neopírá o žádnou zastřešující teoretickou perspektivu.“ Hlavním úkolem je systematizace a racionalizace práva (Morris a Murphy 2011: 30-31).

⁴⁷⁸ Problematice jsoucnosti práva se v českém kontextu krátce, ale přehledně věnoval např. Viktor Knapp ve své Teorii práva (Knapp 1995: 41an., 56). Zde používáme tento zjevně nepřesný (a raději v uvozovkách uvedený) pojem proto, abychom se z prostorových důvodů důslednější diskusi na toto téma vyhnuli.

⁴⁷⁹ To souvisí s další Bobkovou výtkou, která odsuzuje analýzu omezenou na převyprávění textu právního předpisu. Je přitom přirozeným úkolem právní vědy, aby srozumitelně vyložila obsah právních pravidel, který se nezřídka skrývá za poněkud nesrozumitelným právním jazykem. Jde-li přitom často o pouhé převyprávění textu právního předpisu, je jednou z příčin tohoto jevu i již zmiňovaná hypertrofie právní regulace, při níž již „srozumitelné vyložení obsahu“ neznamena v první řadě vyložení neurčitých právních pojmů a poukázání na vazby na jiné normy, ale spíše pouhý systematický, ba někdy i lingvistický „úklid“ a seškrtání nadbytečných podrobností, jimiž je právní řád zahlcen. Není to samozřejmě žádná skutečná analýza, která by si toto označení zasloužila – je to ale její nezbytný první krok a součást, při výuce práva navíc mnohem významnější než ve vlastní právní vědě.

Ostatně i Michal Bobek tento rys současného stavu právního řádu uznává: „V současném stavu se podstatná část energie a intelektuálního potenciálu právnického stavu vyplývá na zjišťování, co je v okamžiku vlastně platným právem. Jak lze na základě předpisů, jejichž životnost je vpravdě jepičí a které se pro neustálé novelty a opravy ani nestačí stabilizovat, budovat solidní právní vědu?“ (Bobek 2005: 368). Jeho odpovědí je „zaměření se na metodologii, abstrakci a komparatistiku,“ což ovšem může být výzva na větší proměnu (české) právní vědy, než je tato připravena unést, a možná i než od ní praxe očekává.

⁴⁸⁰ Ve své Obecné jurisprudenci například William Twining tvrdí, že uplatňuje hledisko právního pozitivistu, který je vůči textuálním přístupům kritický, přičemž pozitivismem v tomto kontextu

Ptáme-li se tedy, zda formalismus v podobě textuálního přístupu do práva (a právní vědy) patří, odpověď je rozhodně kladná. Patří tam ale právě jako základní, tradiční, klíčový – pořád však jenom „jeden z“ možných vědeckých přístupů. Je potřeba, aby byl uplatňován cíleně a vědomě, s povědomím o jeho kladech a přínosech, ale i záporech a omezeních,⁴⁸¹ a aby byl vhodně doplňován přístupy jinými – ať již v rámci konkrétního díla,⁴⁸² nebo obecněji v rámci zkoumaného odvětví.

Těmito dalšími přístupy jsou zejména přístup komparativní, po kterém volá i Bobek (2005: 368-9) a který již má v českém prostředí jistou tradici⁴⁸³ i teoretické ukotvení;⁴⁸⁴ přístup historický, který je v české právní vědě rovněž již tradičně zastoupen a rozvíjen, a to i mimo rámec specializované vědy právní historie;⁴⁸⁵ přístupy právněsociologické (či obecněji společenskovední a empirické), pěstované dosud v českém prostředí zejména v oblasti trestněprávní a kriminologické; ale i přístupy, jež jsou otevřeně prodchnuty právní filosofií, která se od tradiční reduktivní filosofie právního pozitivismu výrazně odlišuje – třeba ekonomická

rozumí pouze tezi oddělení (tedy rozlišování *de lege lata* a *de lege ferenda*) a tezi sociálních zdrojů (tedy že existence práva je sociální skutečností) – obojí s odkazem na Harta (Twining 2009: 25).

⁴⁸¹ K tomu přehledně viz např. Salter a Mason 2007: 109-118.

⁴⁸² Zde lze odkázat na vynikající monografii Jaromíra Hořáka, která se problematice vražd věnuje z (trestněprávně) textuálního, (kriminologicky) právněsociologického i (doktrinálně a trestněprávně) komparativního hlediska (Hořák 2011).

⁴⁸³ O úrovni srovnávací právní vědy za komunistického režimu však nelze mít velké iluze – srov. Bobek 2009.

⁴⁸⁴ I zde jde zejména o dílo Viktora Knappa, které se ovšem zabývá především tzv. makrokomparativistikou, tedy srovnáváním „velkých právních systémů“, jak ostatně stojí v jeho názvu – věnuje ale jistou pozornost i obecně komparativistickým metodám (zejm. Knapp 1996: 30an.). V knihovně pražské právnické fakulty je nicméně k dispozici i světová klasika tohoto oboru (Zweigert a Kötz 1998), která se kromě teoretického a historického úvodu do srovnávací právní vědy a důkladné makrokomparativistiky věnuje ve velkém rozsahu také konkrétní komparativistice v oblasti soukromoprávních institutů. Spíše metodologicky než metodicky je přínosný rovněž Úvod do srovnávacího práva z pera Ireny Pelikánové – autorka význam srovnávacího práva vyzdvihuje již v předmluvě, metodu svého zkoumání však nijak nevymezuje a ta tak zůstává (opět) implicitní (Pelikánová 2000).

⁴⁸⁵ Pomineme-li klasické učebnice právních dějin, lze v české právněhistorické produkci nalézt i práce věnované dílčími právními oblastem či institutům, a to jak z hlediska jejich vývoje (např. Šouša 2009), tak v historicky-komparativních souvislostech (např. Lojek 2011). Dílčími otázkám nejnovějších právních dějin se pak věnují i autoři mimo okruh právních historiků (srov. např. Bobek, Molek a Šimíček 2009), spíše sporadicky mívá výklad historického vývoje významnější místo v učebnicích pozitivněprávních oborů (nejvýrazněji Pelikánová a kol. 2010).

analýza práva (viz Richter 2008: 28an.) nebo právní feminismus (viz Havelková 2009); s postupným odezníváním dozvuků dogmatického komunistického marxismu lze uvažovat i o uplatňování dalších kritických přístupů, jak jsme je nastínili v první části této práce. Neznamená to samozřejmě, že by právní věda měla začít produkovat eklektická pojednání, která se vyjadřují ke všemu ze všech stran. V závislosti na předmětu a cíli zkoumání by však tradiční textuální přístup měly přístupy jiné vhodně a rozumně doplňovat, ne-li někdy nahradit.

I textuální přístup samotný by se však měl používat v rozsahu odpovídajícím moderní právní vědě. Vytýká-li se totiž někdy české právněvědecké produkci, že „končí tam, kde začíná problém“ (např. Bobek 2005: 368), není to výtku primárně požadující aplikaci jiné vědecké metody, ale požaduje spíše řádné a důsledné uplatňování stávajícího metodického rámce. I na českou právní vědu totiž povýtce lze vztáhnout Kühnovu kritiku reduktivní ideologie vázané aplikace práva, kterou označuje slovy „zákonný pozitivismus“ (Kühn 2005). V rámci textuálního přístupu tomu odpovídá reduktivní pohled na prameny a možnosti interpretace, který lze v české právní vědě snad nejlépe doložit rozsáhlou diskusí o roli principů v právu, respektive samotnou nezbytností této diskuse pro jejich zavedení do běžné právní (i právněvědecké) argumentace.⁴⁸⁶

Do podobné kategorie selhání pak patří rovněž Richterova „vakuová analýza,“ (Richter 2008: 66) kterou jsme již rovněž v předchozích kapitolách zmínili: považovat Parlamentem přijaté právní normy za jakési ve vakuu visící zjevení⁴⁸⁷ není prostou aplikací textuálního přístupu, ale spíše aplikací jeho velmi reduktivní podoby, ignorující veškerý sociální či ekonomický, ba někdy i logický kontext. Ten navíc bývá do právních předpisů vtažen jejich obecnými zásadami nebo přímo v textu deklarovanými cíli. Jistě, přísně vzato mimoprávní kontext do textuálního

⁴⁸⁶ Nejhmataelnějšími projevy této diskuse je řada publikací sborníkového typu a zvláště pak dvě, posléze knižně vydané disertace (Wintr 2006, Tryzna 2010), které jsme v této práci již zmiňovali. Pro pořádek dodejme, že kniha Jana Tryzny vyšla až s jistým odstupem po odeznění diskuse, které je jedním z vrcholů.

⁴⁸⁷ Stojí snad přitom za připomenutí, že takto posvátnou úctu k produkci zákonodárce nepěstovala ani klasická meziválečná právní věda: i velký komentář k občanskému právu se tak např. neostýchá nabádat k ignorování „nešťastně vsunuté věty“ má-li příslušné ustanovení (§233 o. z. o.) „míti nějaký logický smysl“ (viz Rouček, Sedláček a kol. 1935: 1000).

přístupu k právu příliš nepatří, stejně tak ale právní regulace příliš nepatří do rozsáhlých oblastí lidské činnosti, kde se s ní dnes přesto setkáváme.⁴⁸⁸ Právě zde je snad prostor, kde by se i konzervativnější část české právní vědy mohla inspirovat americkým právním realismem. Z jeho kritiky langdellovského redukcionistického přístupu k právu totiž vzešel zřejmě největší (a rozhodně nejúspěšnější) příspěvek tohoto myšlenkového proudu k tradici americké právní akademie, který bytostně souvisí i s tématem celé této kapitoly: tím příspěvkem je zásadní proměna podoby právnických učebních textů, v nichž do té doby naprosto dominantní judikaturu začínají doplňovat jiné typy „materiálů“,⁴⁸⁹ přičemž tyto nové výukové a vědecké přístupy již počátkem 50. let ty starší zcela nahradily (Duxbury 1995: 144). Realistické přístupy tak sice neuspěly s (dosti revolučním) úsilím o podřízení právní vědy metodologickým požadavkům společenských věd, právní vzdělávání i právní vědu však přiměly k zásadní modernizaci.⁴⁹⁰

Formační role právní vědy

Nicméně i zmiňovaná diskuse o právních principech odkazuje na další souvislost formalismu a právní vědy, kterou náš pohled tímto směrem ukončíme: právní věda není jenom reflexí právní praxe, ale právní praxi, včetně praxe

⁴⁸⁸ Srov. poznámku (či spíše povzdech) šéfredaktora časopisu Soudce v čísle 5/2013 (Havlíček 2013).

⁴⁸⁹ Posun je viditelný právě již v názvech těchto sbírek: jak výstižně říká Duxbury, knihy typu „*A Selection of Cases*“ začínají nahrazovat knihy typu „*Cases and Materials*“, obsahující kromě precedenčních soudních rozhodnutí také texty zákonných ustanovení, doktrinální komentáře, společenskovední poznatky a další, do té doby neslýchané „novoty“ (Duxbury 1995: 143).

⁴⁹⁰ Duxbury uvádí jako exemplární příklad nových učebních textů Llewellynovo dílo *Cases and Materials on the Law of Corporate Reorganization*. Pro českého čtenáře je ovšem mnohem snáze dostupný jiný učební text z téže doby, věnovaný právní propedeutice a argumentaci (Gavit, Fuchs a Paulsen 1952), který je k dispozici v databázi *HeinOnline*. Z dnešního hlediska tato sbírka nijak zvlášť moderní není, její deklarovaný přístup je však velice odvážný. Hned na úvod tvrdí, že „žádný soubor znalostí ani typ zkušenosti není zcela mimo obor právníka či studenta práva,“ a velká pozornost právnícké profese se proto musí věnovat i „technologickým, sociálním a lidským faktorům, které naše právo podmiňují,“ jakož i „účelům, které lze právem sledovat“ (Gavit, Fuchs a Paulsen 1952: 1). Jak ohromný rozdíl oproti již výše citované tezi, že „na právo nemůžeme uplatňovat závěry a poučky z matematiky či z jiných věd,“ pronesené vysoko postaveným státním úředníkem, který od února 2013 dokonce na právnícké vzdělávání z pozice člena příslušné stále pracovní skupiny Akreditační komise ČR dohlíží! (Srov. seznam členů stále pracovní skupiny Právo a veřejná správa na webových stránkách AK [1].)

argumentační, rovněž formuje.⁴⁹¹ Nejotevřeněji samozřejmě právním vzděláváním, vliv právní vědy na praxi však přetrvává i poté, co diplomovaní absolventi symbolické brány právnické fakulty opustí. A opět to souvisí s diskurzivním charakterem práva – aby byl právník ve své profesi úspěšný, rozhodně mu nestačí vědomosti nabyté během studia. Ukončením formálního studia tak skutečné studium práva nekončí, jenom se posouvá do jiných dimenzí.

Formační účinek právní vědy (ostatně jako jakékoli vědy, která je v moderní postkarteziánské společnosti jenom těžko zpochybnitelnou autoritou) se přirozeně neomezuje jenom na vzdělané právníky, potažmo příslušníky právnických profesí. Právě vůči právnickým kolegům nicméně má právní věda takřka mravní závazek (pedagogické) pomoci. Současně ale není tento závazek (na rozdíl od fakultního právního vzdělávání) nikterak formalizován, a je tedy nezbytné, aby právní věda měla pro praxi dostatečnou přitažlivost a přesvědčivost, kterými teprve může zajistit svou působivost. Říká-li tedy Pavel Maršálek opatrně, že zdůrazňováním hodnotového přístupu k právu jakožto překonání „někdejšího právněpozitivistického dogmatismu a formalismu při aplikaci práva“ se právní věda „snaží ovlivnit mnohem konzervativnější praxi lpící na tradičních přístupech“ (Maršálek 2008: 52), jeho slova dobře odpovídají delikátnímu charakteru tohoto vztahu – nejde o nařizování či vymezování, ale pouze o „ovlivňování,“ v jehož základu je „snaha.“ Nejde přitom o žádnou podvratnou činnost, ale o přirozenou součást právního provozu, kterou právní praxe do značné míry očekává – a někdy pak i vítá zvoláním „Konečně!“ ...

Nepřestávat myslet

Vrátíme-li se tedy teď k onomu Baxovu zvolání, vidíme již plasticky, že není pouze rétorickým trikem, ale že je výrazem provázanosti právnictví jako celku, včetně jeho vědeckých či badatelských rysů a pedagogické či formační stránky. Základním úkolem právního vzdělávání i právní vědy je pak tuto provázanost si

⁴⁹¹ Zdeněk Kühn to, pokud jde o vztah právní vědy a soudcovské aktivity, vyjádřil ještě silnějšími slovy: „Právní doktrína ‚popisující‘ soudcovskou aktivitu je tedy nikoliv toliko deskriptivní, ale z podstaty věci také preskriptivní“ (Kühn 2005: 3).

uvědomovat a zohledňovat ji. Při kritickém pohledu na právní vzdělávání i právní vědu jsme viděli, že četné výtky, které lze zařadit do rubriky „kritika formalismu,“ lze vnímat jako pobízení k posunu, ke zlepšení, a formalistické rysy, jak jsme je v právním vzdělávání a právní vědě s odkazem na první část této práce našli, k právu do větší nebo menší míry patří. Kritika těchto formalistických rysů tak nevolá po jejich odstranění, ale po proměně vnímání, které právo do těchto formalistických mezí redukuje.

I v oblasti právní akademie tak platí závěr předešlých kapitol: přistupujeme-li k právu, neradno přitom vypínat rozum, neradno přestat myslet a sklouznout k automatismu zaběhaného. Záměrně a zcela jsme totiž až dosud pomíjeli jednu z podob formalismu, která na rozdíl od všech výše (zde i v předchozích kapitolách) uvedených nemá v právu žádné místo, přesto se s ním snad až příliš často spojuje. A pomineme-li výstřelky v populární kultuře,⁴⁹² je právě v oblasti právního vzdělávání a právní vědy nejlépe viditelná. Jde o tu podobu formalismu, kterou lze popsat slovy „bezobsažné bezduché blábolení“ – tedy vlastně nikoli převaha formy nad obsahem, ale faktická absence skutečného obsahu jako takového. Všichni ji známe: z přednášek a učebnic, které jsou čtením zákona nebo naopak zcela rozptýlenou úvahou, ze studentských prací, která za hradbou nesouvisejících paragrafů skrývají naprosté nedotčení zadaným tématem, z rozhodnutí, v jejichž odůvodnění se na prostoru několika odstavců či stránek říká vlastně jenom to, že příslušný orgán rozhodl „jak je uvedeno ve výrokové části“ – příkladů je bezpočet.

Právě na této podobě formalismu v právu je však také snad nejlépe vidět, že jakékoli hledání spolehlivé metody či mechanismu na předcházení vzniku formalismu v právu je v posledku zbytečné. Ten nejvhodnější nástroj totiž již od Boha či přírody každý dávno máme – je jím lidský rozum a odpovědné myšlení. Budeme-li v právním provozu stejně jako jinde odpovědně přemýšlet nad tím, co děláme, dopustíme se možná celé řady chyb, nepřesností a omylů. Uděláme tím však

⁴⁹² Za všechny výskyty lze zmínit sofistikované úřednické blábolení Sira Humphreyho Applebyho z britského televizního seriálu *Jistě, pane ministře (premiére)* – v anglickém originálu ještě mnohem exemplárnější než v jinak výtečném českém překladu – nebo film Harolda Ramise *Analyze This* (v české distribuci jako *Přeber si to*) z roku 1999, v němž Billy Crystal v roli psychiatra dr. Bena Sobela v jednu chvíli přesvědčivě hraje před shromážděním bossů podsvětí mafiánského consiglieriho právě pomocí blábolení.

rozhodný krok k tomu, aby se vůči nám stalo nařčení z formalismu opravdu pouhou zvláštní formou nesouhlasu, s níž se lze argumentačně vyrovnávat.

Závěr

„Formalismus“ je jeden z těch zvláštních pojmů, které se v diskusi o právu vyskytují velice hojně, vzbuzují chápavé pokynutí hlavou i nechápavé pohledy, pobavení i pohoršení, ale jenom zřídka, ztěžka a většinou marně bývají uchopeny samostatně a alespoň s pokusem o analytický pohled. Právě takovým pokusem je tato práce, která se těmito řádky uzavírá.

Nehledali jsme v ní definici tohoto pojmu. Právě naopak, pohled do recentní historie právní filosofie nám ukázal, že se v ní spíše než Ariadnině niti, která Thésea vyvedla z labyrintu, podobá klikatému hadovi, jehož barva kůže se mění podle odlesku světla. Právě tak se klikatí a vzpírá uchopení význam tohoto pojmu. Snad nejlepší bude, když si i zde pomůžeme obrazným příměrem – právě jakémusi hadímu uštknutí se nařčení z formalismu podobá asi nejvíce.

Viděli jsme ale také, že stejně, jako se tento pojem sám vzpírá uchopení, je také nesnadné nalézt účinnou obranu. To proto, že se tímto pojmem nekritizuje žádná vlastnost, která by byla právu cizí, ale naopak typicky pouze extrémní projev něčeho, co je právu bytostně vlastní. Důraz na pravidla, oddělování práva od jeho morálních konotací, formalizace právních procedur, abstrakce od nekonečné rozmanitosti reálného světa – to vše nejsou neduhy, které je nutno z práva vymýtit, ale některé z jeho základních vlastností, které však neradno přeceňovat.

Možná i právě proto se nám jeví, že „formalismus“ jako kritický pojem je s právem spojen zcela nerozlučně. Vždy totiž hrozí, že formalizace regulace lidského chování, která je samotným základem práva, se od svého účelu odtrhne a začne žít vlastním životem. Nařčení z „formalismu“ je pak vždy po ruce jako varovně vztyčený prst, jako gesto, které je srozumitelné přesto, že se na jeho významu stěží shodneme. Neměli bychom tato gesta brát na lehkou váhu. Měli bychom je ale vnímat spíše jako pobídku k zamyšlení než jako ono uštknutí, k němuž jsme je výše přirovnali.

Právě rozum a myšlení, které se neutápí v automatismech a které se snaží zajistit, aby každá lidská činnost (a to i v oblasti práva) byla smysluplná, je totiž tou nejúčinnější protilátkou. Nevypínejme proto při jakémkoli styku s právem toto své jedinečné instrumentárium – víc lze proti varovnému nařčení z formalismu udělat jenom stěží.

Technická poznámka

Citace a seznam odborné literatury uvádím ve formě, která je běžná ve společenských vědách, v české právní vědě používá podobný způsob například Tomáš Richter (srov. Richter 2008: 23an.). V zásadě odpovídá systému B podle 13. vydání Chicago Manual of Style, jak jej používá časopis Ratio Juris, s drobnými odchylkami, přičemž tento způsob považuji za velmi přehledný a mám za to, že výrazně ulehčuje orientaci v referencích.

Principem je odkazování na literaturu v textu, obvykle v závorce, s uvedením jména či jmen autorů odkazovaného dokumentu, jeho roku vydání a příslušné stránky odkazovaného textu. Podle prvních dvou z těchto údajů lze snadno a jednoznačně identifikovat odkazovaný dokument v seznamu literatury (vydal-li daný autor v příslušném roce několik odkazovaných publikací, odlišují se přidáním malým písmenem za vrocením – 2000a apod.), a tak má odkaz v podobě (Hart 2004: 10) stejnou vypovídací hodnotu jako (v české právní vědě běžná) poznámka pod čarou ve znění „Hart, H.L.A., *Pojem práva*. Praha: Prostor, s. 10.“ Do jisté míry menší komfort čtenáře, který se pro nalezení odkazovaného díla musí podívat do seznamu použité literatury, je zde vyvážen tím, že v zásadě všechny poznámky pod čarou jsou plnohodnotným doplněním hlavního výkladu, nikoli pouhými odkazy na literaturu. Je-li příslušný pramen dílem většího počtu autorů, respektoval jsem (konkrétněji v případě monografií) jimi zvolený způsob jejich výčtu (použitý typicky na obálce knihy), je-li prostorově zvladatelný: někdy proto jmenovitě uvádím pouze jednoho hlavního autora (Hendrych a kol. 2012), někdy jich uvádím více (Musil, Kratochvíl, Šámal a kol. 2007). Není-li úmysl autorů jednoznačně zřejmý (a je-li jich opravdu hodně, tedy víc než tři), uvádím jmenovitě pouze autora uvedeného na prvním místě (Gerloch a kol. 2008 – zde to nieméně odpovídá vzoru citace uvedenému v tiráži knihy). Pokud se v textu věnuji rozboru konkrétního díla, na které odkazuji v daném odstavci či delším úseku textu opakovaně, a je-li tato souvislost čtenáři naprosto zjevná, uvádím v zájmu plynulosti výkladu v závorce pouze odkazované číslo stránky.

Podstatná část této práce se zabývá západní, zejména anglicky psanou právní teorií. Na mnoha místech z těchto cizojazyčných textů cituji, v zájmu plynulosti

výkladu tak činím v českém jazyce a obvykle ve svém vlastním překladu.⁴⁹³ Původní znění všech rozsáhlejších citací, někdy i ve znění zahrnujícím širší kontext citované pasáže, pak uvádím v příslušné poznámce pod čarou. Snad se mi tak podařilo zabít pověstné dvě mouchy jednou ranou: přiblížit čtenářům s minimálními znalostmi anglického jazyka západní právní filosofii alespoň v překladem zprostředkované podobě, čtenářům v angličtině kovaným pak umožnit potěšení z četby někdy až poetických výkonů velkých postav právní filosofie. Právě tyto překladatelské poznámky pod čarou jsou taktéž hlavní výjimkou z výše uvedených pravidel, kdy jednak vlastně nejsou skutečným doplněním hlavního výkladu, jednak je odkaz na literaturu obvykle uveden až přímo v nich, nikoli v samotném textu. Používám-li místo svého překladu některý z (nemnoha) českých nebo slovenských publikovaných překladů příslušných děl, je to v textu zřetelně uvedeno – stejně jako to, když pracuji pouze s překladem, neboť jsem v závěrečné fázi sepisování této práce neměl originál (jako v případě Fullerovy *Morálky práva*) k dispozici.

V seznamu použité literatury uvádím všechny knihy a vědecké články, z nichž jsem při psaní této práce vycházel a citoval. Tento seznam obsahuje také internetové zdroje nevědecké povahy, zejména články v internetových médiích, a to včetně odkazů na internetové verze tištěných periodik. Odkazy na ně uvádím také v příslušných poznámkách pod čarou (nikoli přímo v textu), kde příslušný internetový zdroj zařazuji do kontextu práce. Vlastní adresu příslušného odkazu uvádím pouze v seznamu literatury, přičemž v textu na příslušnou položku seznamu internetových zdrojů odkazuji uvedením jejího pořadového čísla v hranatých závorkách (tedy například [12]). Ani tyto odkazy tak poznámky pod čarou nenafukují do nepřiměřených rozměrů. Současně jsem ke všem internetovým odkazům v seznamu použité literatury (s výjimkou těch opravdu krátkých a přehledných) připojil trvalý zkrácený odkaz pořízený prostřednictvím služby bit.ly, což čtenáři umožňuje (v mezích tištěné publikace) komfortní přístup k odkazovaným dokumentům.

⁴⁹³ V *Disidentech práva* Jiří Přibáň používá jiný přístup – cituje zásadně v originále – a to s odkazem na soudobou praxi v evropské právní filosofii a sociální teorii (Přibáň 2001a: 18). Nutno ovšem dodat, že vzhledem k mé letité překladatelské praxi pro mne nebyl překlad útržků právní filosofie výzvou, nad níž bych dlouze uvažoval.

I přes opačný původní záměr jsem (pro úplnost) do seznamu použité literatury zařadil i seznam použitých soudních rozhodnutí. Soudní rozhodnutí nejsou stěžejním tématem této práce, výklad spíše ilustrují a podporují, výsledkem je proto spíše nahodilá snůška od pohledu prapodivných kódů – uznávám však, že hledá-li čtenář soudní rozhodnutí, které zná z této práce, může mu i tento seznam pomoci. Odkazy na tato rozhodnutí tak uvádím jak v textu, tak v seznamu použité literatury, a to ve formě spisové značky příslušného rozhodnutí. Důvodem pro tento přístup je současný stav digitalizace rozhodovací činnosti soudů, kdy je právě spisová značka rozhodnutí zcela dostačujícím údajem pro jeho nalezení, a to v podstatě okamžité a z pohodlí k internetu připojeného počítače (nebo telefonu, tabletu, chytré televize, lednice...) – to samozřejmě neplatí pro většinu českých rozhodnutí staršího data, na ty však v této práci neodkazuji. Právě díky digitalizaci rozhodovací činnosti soudů (a obeznámenosti odborné veřejnosti s ní) jsem taktéž zcela upustil od uvádění internetové adresy, na niž lze dané rozhodnutí nalézt (a která se takto běžně uvádí i v samotných rozhodnutích) – mám za to, že jde o informaci pro běžného čtenáře této práce zcela zbytečnou, neboť dobře známou. Nicméně pro jistotu a ve shrnutí: rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR lze nalézt na adrese www.nsoud.cz, Nejvyššího správního soudu ČR na www.nssoud.cz, Ústavního soudu ČR na nalus.usoud.cz. Pro hledání rozhodnutí Nejvyššího soudu USA je nejvhodnější jakýkoli běžný vyhledávač (třeba Google), všechna publikovaná rozhodnutí lze přehledně nalézt například na stránce supreme.justia.com. U několika rozhodnutí jiných soudů jsem odkaz na jejich online znění připojil k příslušné položce seznamu literatury.

Digitalizace znalostí byla vůbec při psaní této práce nesmírnou pomocí. Kromě výše zmíněných soudních databází jsem používal rovněž různé jiné, především nedocenitelnou databázi *HeinOnline* (www.heinonline.org), která obsahuje jednak snad všechny myslitelné anglofonní právnické časopisy (s výjimkou nejnovějších ročníků), jednak četná zásadní monografická díla právní vědy, a to v naskenované podobě se základním OCR, což v ní umožňuje taktéž fulltextové vyhledávání. K velké většině citovaných zahraničních článků jsem tak měl přístup z pohodlí knihovny pražské Právnické fakulty Univerzity Karlovy, za což patří knihovně i celé fakultě dík a uznání. Databázi *HeinOnline* nicméně u odkazů na tyto články jako elektronický

zdroj neuvádím, jelikož jsem (sice jejím prostřednictvím, ale stejně) pracoval s přesnou kopií daných článků či knih.

Odkazuji-li v textu na znění právního předpisu, je tím myšleno znění účinné v době psaní této práce (tedy k 1. 6. 2013), případně poslední účinné znění, jde-li o předpis již zrušený. Případné odchylky od tohoto pravidla jsou v textu vždy uvedeny. I seznam použitých právních předpisů je (v duchu tradic právní vědy) součástí seznamu použité literatury, přičemž do této jeho části jsem rovněž zařadil použité jiné normativní a legislativní dokumenty. U právních předpisů publikovaných v oficiálních sbírkách ČR a EU předpokládám, že je čtenář pohodlně nalezne na základě odkazu na jejich publikaci (v případě EU jenom připomenou, že Úřední věstník lze komfortně a mnohojazyčně nalézt na adrese eur-lex.europa.eu), u ostatních dokumentů tohoto typu uvádím v seznamu literatury odkaz na jejich online znění.

Poslední, již méně důležitá poznámka se týká typografie této práce. Ve shodě s typografickými zásadami prosazovanými v zahraničí uvádím (horní čili uzavírací) uvozovky a odkazy na poznámku pod čarou zásadně za příslušným interpunkčním znakem (tečkou či čárkou). Jejich umístění proto není nositelem žádného významu, je pouze vyjádřením snahy vyhnout se nelíbivým bílým „dírám“ v textu – viz rozdíl mezi { slovo“. } a { slovo.“ }. Snad i to přispěje k tomu, aby se čtenáři tato práce líbila.

Resumé

Tématem této práce je „formalismus v právu“ jakožto pojem, který se prolíná podstatnou částí moderního právního myšlení. Tato práce ukazuje, že bývá obvykle vnímán jako pojem kritický, avšak bez jednoznačného a ustáleného významu. V nedávné době se však diskuse zahrnující tento pojem proměnila tak, že již zahrnuje také osoby, které se k formalismu pozitivně hlásí. Právě přehled vývoje této diskuse, které se ovšem českého prostředí dosud týkala jenom okrajově, tvoří podstatnou část této práce. Její druhou podstatnou část tvoří samostatné promyšlení místa formalismu v právu, a to v různých jeho ohledech – při interpretaci a aplikaci práva, při jeho tvorbě, i při jeho výuce a v právní vědě.

Tato práce je rozdělena do tří nestejných částí, z nichž první se dále člení na tři oddíly.

První část se věnuje formalismu jako tématu právněteoretické diskuse během celého 20. století, a jejím záměrem je přiblížit tuto diskusi českému čtenáři. V prvním oddíle se věnuje tématu, které se s kritikou formalizmu v právu v západní právní vědě typicky pojí, a to vystoupení amerického právního realismu v meziválečném období. Ukazuje, že je výrazným a viditelným završením dřívějších kritických snah viditelných na obou stranách Atlantiku již od konce 19. století.

Druhý oddíl první části se věnuje situaci po druhé světové válce. Ta jednak zásadně zpochybnila dominanci a neotřesitelnost právního pozitivismu, ale také vybídla jeho právní myslitele k přehodnocení jeho základních východisek. Na úvod této práce je představen G. Radbruch a jeho slavná formule, ústřední postavou tohoto oddílu je ale H.L.A. Hart, nejvýznamnější postava právní filosofie 20. století. Obsáhle se zde tato práce věnuje vědeckým diskusím, které vedl se svými současníky – jednak s Lonem L. Fullerem, jednak s Ronaldem Dworkinem. V diskusi s Fullerem Hart obhajuje pozitivismus před Fullerovou formou sekularizovaného iusnaturalismu, v diskusi s Dworkinem Hart čelí zcela novému přístupu, který popisuje jako dosti idealistický „vznešený sen.“ Dworkin naopak na Hartovi kritizuje reduktivnost jeho přístupu, který pomíjí principy a další součásti práva, které nelze jednoduše převést na pravidla. Na závěr tohoto oddílu se ovšem pozornost rovněž zaměřuje na jiné, v poválečném období se rodící kritické přístupy, konkrétně

ekonomickou analýzu práva a kritická právní studia. Ty se jednak dovolávají dědictví amerického právního realismu, jednak je jim ale rovněž vlastní odklon od základních východisek hlavního proudu právního myšlení. Zejména v dílech tzv. kritiků diskuse o formalismu v právu pokračuje velmi intenzivně.

Třetí oddíl první části se pak týká recentní minulosti a současnosti. V nedávné době se pojem „formalismus“ začal v právní teorii a vědě používat i v pozitivním smyslu, a objevili se myslitelé, kteří se k němu otevřeně hlásí. Kromě těchto obhájců formalismu (Schauer, Tamanaha, Weinrib, Scalia) se zde tato práce věnuje také vnitřní retrospektivní reflexi této diskuse, a také vzniku vznikem dalších kritických směrů s odlišnými akcenty než ty předchozí. Na samotný závěr tohoto oddílu a celé první části tato práce uvádí shrnutí témat a významů, které k diskusi o formalismu v právu náleží.

Druhá část této práce se věnuje českému prostředí, zejména pak odrazu sledované zahraniční diskuse v něm. Dokládá se zde, že na zdejší právní teorii a vědu měla v meziválečném období jenom malý a po převzetí vlády komunisty již takřka zcela nicotný vliv. Česká právní věda se tak k ní připojila až v po obnovení demokratické státnosti, a to zejména v osobách dvou soudobých autorů, Zdeňka Kühna a Tomáše Sobka. Každému z nich tato práce věnuje zvláštní kapitolu. Závěr této části tvoří empirický exkurs do rozhodovací praxe českých vrcholných soudů. Ten se dívá na to, jak tyto soudy samotné pojem „formalismus“ používají. Jeho záměrem je dokreslení současné situace, nikoli její přesná analýza, proto nepracuje ani s nejnovějšími údaji, ani se zcela exaktními metodami.

Závěrečná, třetí část pak obsahuje samostatné úvahy nad tématem formalismu v právu. Na otázku, zda má formalismus v právu místo, zde tato práce odpovídá kladně, snaží se však ukázat, co vše to obnáší, a to na úrovni základních přístupů. Úvod této části je vyhrazen kritickému pohledu na současný stav právního provozu, který dokládá, že nelze jednoduše převzít střízlivou obhajobu formalismu v právu založenou na jeho srovnání se hrou podle pravidel. V dalších kapitolách se pak tato práce zabývá úvahou nad tím, jakou podobu by právní provoz v českém prostředí měl mít, aby byla výtká formalismu vůči němu lichá.

V oblasti interpretace a zejména aplikace práva tato práce konstatuje, že základním východiskem přístupu k aplikaci práva musí být uvědomělost. Subjekt

aplikující právo si musí uvědomovat, že tak činí, proč tak činí a v jaké pozici tak činí. Právo je zde nahlíženo jako omezení veřejné moci, úkolem které je služba občanům. Zdůrazňuje se zde rozdíl mezi subjektivními právy fyzických osob a pravomocemi orgánů veřejné moci, včetně úředních osob, které za ně jednají. Jako nezbytnost se zde konečně prezentuje otevřenost a transparentnost interpretace a aplikace práva.

K legislativní tvorbě práva tato práce přistupuje prostřednictvím srovnání legislativního procesu na vnitrostátní úrovni v ČR a na úrovni normotvorby EÚ. Samostatně se věnuje formální úpravě legislativního procesu včetně obsahu legislativních pravidel i formálním náležitostem výsledných právních aktů. Zde si všímá, že nejvýraznější rozdíly nejsou primárně projevem snahy o omezení zákonodárce, ale spíše snahy o přiblížení obsahu právních aktů jejich adresátům. Zvláště se pak tato práce věnuje formálním požadavkům obsaženým v právních předpisech, přičemž zdůrazňuje, že by měly být odůvodněné a transparentní, a že by je měly provázet datové formuláře odpovídající IT realitě současnosti.

Poslední kapitola se věnuje formalismu v právním vzdělávání a právní vědě. K právu zde tato práce přistupuje jako k řemeslu, které se však od jiných dosti liší. Základní složkou tohoto řemesla je přitom práce s pravidly, která tudíž musí tvořit základ právního vzdělávání. Zdůrazňuje se zde ale také nezbytnost výuky jiných přístupů. V oblasti právní vědy se zde pak konstatuje její různorodost, která plyne z odlišné povahy různých právních odvětví. Zdůrazňuje se zde zvláštní poměr právní vědy k právní praxi, ale i to, v jakém smyslu má být současná právní věda vědou kolektivní. Zvláštní pozornost se věnuje problematice metodiky a metodologie, kde se zdůrazňuje jednak nezbytnost důsledného uplatňování tradičního textuálního přístupu, jednak potřeba rozšiřovat jej o přístupy jiné. Bez ohledu na zvolenou metodu je však zejména nezbytné zamezit sklouzávání do blábolení, které jediné je zcela nepřipustnou podobou formalismu.

Abstract

The theme of this thesis is „formalism in law“ as a concept that permeates an essential part of modern legal thinking. This work shows that it is usually perceived as a critical concept, but without a clear and steady meaning. In recent times, however, the discussion involving this concept changed so that it now includes individuals positively acknowledging themselves as formalists. An overview of this debate (only marginally concerning the Czech environment yet, however) forms the bulk of the thesis. The second essential part of it is a separate rethinking of the place of formalism in law, in all its aspects - in interpretation and application of law, in the creation of law, even in legal education and legal scholarship.

This thesis consists of three unequal parts, the first of which is further divided into three sections.

The first part deals with the formalism as a topic of discussion in legal philosophy during the entire 20th century, and the intention is to present this debate to Czech readers. Its first section is devoted to a topic typically linked to criticism of formalism in law in Western legal scholarship, as it presents the American legal realism of the interwar period. It shows it as a strong and visible culmination of earlier critical efforts visible on both sides of the Atlantic since the late 19th century.

The second section of the first part deals with the situation after the Second World War. The war and its context fundamentally challenged the dominance and steadfastness of legal positivism, but also encouraged legal thinkers to rethink its basic assumptions. This section first introduces G. Radbruch and his famous formula, however, the central figure of this section is HLA Hart, the most prominent figure of legal philosophy in the 20th century. Extensive parts of this section are devoted to the scholarly discussions that he had with his contemporaries - with Lon L. Fuller and with Ronald Dworkin. In his discussion with Fuller Hart defends positivism with respect to Fuller's peculiar form of secularized natural law, in discussion with Dworkin Hart faces a completely new approach, which he describes as a rather idealistic “noble dream.” On the other hand, Dworkin criticizes narrowness of Hart's approach that ignores principles and other parts of law that cannot be easily converted to rules. In the concluding part of this section, however,

attention is also focused on other critical approaches emerging in the postwar period, namely the Economic Analysis of Law and Critical Legal Studies. Both invoke the heritage of American legal realism, but in both of them there is also an inherent departure from the basic assumptions of mainstream legal thought. Especially in the works of the “crits” the talk about formalism in law continues intensively.

The third section of the first part refers to recent past and present. In recent times there emerged a tendency to use the term “formalism” in legal theory and scholarship also in a positive sense, and there appeared thinkers who openly acknowledge themselves as formalists. In addition to these defenders of formalism (Schauer, Tamanaha, Weinrib, Scalia) this section also focuses on internal retrospective reflection of the discussion traced, and also on the emergence of other critical approaches with different accents than the previous ones. At the very end of this section and of its entire first part, the thesis summarizes the themes and meanings belonging to the discussion on formalism in law.

The second part of this thesis deals with the Czech environment, in particular the reflection of the foreign discussion in it. It is demonstrated here that it only had a marginal influence on local legal theory and scholarship in the interwar period, and basically none at all after the communist takeover. Czech legal scholarship only joined it after the restoration of democratic statehood, especially in the persons of two contemporary authors, Zdeněk Kühn and Tomáš Sobek. A separate chapter is devoted to each of them. The last part of this section consists of an empirical excursion into the practice of Czech supreme courts. Here the thesis looks at how these courts use the concept of “formalism.” The purpose is to illustrate the current situation, not to analyze it precisely, therefore, it neither works with the latest information nor uses completely exact methods.

Finally, the third part contains a self-standing assessment of the theme of formalism in law. The answer to the question “is there a place for formalism in law” is affirmative, but the thesis also tries to show what all it entails at the level of basic approaches. Introduction to this part is devoted to a critical look at the current state of the legal business that shows that it is not possible to simply concur to the restrained defense of formalism in law based on the comparison to playing by the rules. The remaining chapters of this part are concerned with reflection on what

form the legal business in the Czech environment should have to make any allegation of formalism unfounded.

In the area of interpretation and application of law, this thesis finds that the essential and grounding approach to the application of law must be awareness. Those applying the law must be aware of that they do, why they do so and in what position do they do so. Here, law is seen as a limitation of public authority, with its task of service to citizens. It points to a difference between subjective rights of individuals and the powers of public authorities, including officials who act on their behalf. Finally, openness and transparency of interpretation and application of law is presented here as necessity.

Next, this thesis approaches the legislative creation of law by comparing the legislative process at the national level in the Czech Republic and at the EU law-making level. It deals separately with the formal provisions for the legislative process, including the content of legislative rules, and formal requirements imposed on the resulting acts. Here it notes that the most significant differences are not primarily a manifestation of efforts to limit the legislature, but rather attempts to approach the acts of their recipients. The final part of this chapter deals with the formal requirements contained in the legislation, emphasizing that they should be justified and transparent, and that they should be accompanied by “fill-in forms” corresponding to present-day IT reality.

The last chapter is devoted to the formalism in legal education and legal scholarship. The lawyering is treated as a craft, which is, however, quite different from other crafts. The basic component of this craft is the work with rules, which must therefore form the basis of legal education. However, the necessity of teaching other approaches is also emphasized here. In the field of legal scholarship the thesis notes its diversity, which stems from the different nature of the various branches of law. Peculiar relationship of legal scholarship and legal practice is emphasized here, as well as the observation in what sense the present-day legal scholarship is a collective enterprise. Particular attention is paid to issues of methods and methodology, emphasizing both the need for consistent and full-fledged application of the traditional black-letter approach, and the need to apply other approaches. Regardless of the method chosen, the thesis concludes that it is

especially necessary to avoid slipping into gibberish, which alone is entirely unacceptable form of formalism.

Seznam použité literatury

Knihy a odborné články

- Arnold, T. W. (1962) *The Symbols of Government*. New York: Harcourt, Brace & World.
- Bartošek, M. (1995) *Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje)*. Praha: Academia.
- Bechtler, T. W. (1978) American Legal Realism Revaluated. In T. W. Bechtler (Ed.), *Law in a Social Context: Liber Amicorum honouring Professor Lon L. Fuller* (s. 1-48). Deventer: Kluwer.
- Bell, D. (1992) Racial Realism. *Connecticut Law Review*, roč. 24, s. 363-379.
- Bell, J. (2003) Legal Education. In P. Cane a M. Tushnet (ed.), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (s. 901-919). Oxford: Oxford University Press.
- Beran, K. (2012) *Pojem osoby v právu (Osoba, morální osoba, právnická osoba)*. Praha: Leges.
- Bernstein, D. E. (2003) Lochner's Legacy's Legacy. *Texas Law Review*, roč. 82(1), s. 1-64.
- Bernstein, D. E. (2005) Lochner v. New York: A Centennial Perspective. *Washington University Law Quarterly*, roč. 83, s. 1469-1527.
- Bix, B. (2004) *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. (2006) *Jurisprudence: Theory and Context* (4. vyd.). London: Sweet & Maxwell.
- Bobek, M. (2005) O (ne)reformovatelnosti studia práv v Čechách. *Právní rozhledy*, roč. 13, s. 365-370, 446-451, 523-529 a 601-606.
- Bobek, M. (2009) Socialistická právní věda. In M. Bobek, P. Molek a V. Šimíček (ed.), *Komunistické právo v Československu: Kapitoly z dějin bezpráví* (401-424). Brno: Masarykova univerzita.
- Bobek, M., Molek, P. a Šimíček, V. (ed.) (2009) *Komunistické právo v Československu: Kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita.
- Boguszak, J., Čapek, J. a Gerloch, A. (2004) *Teorie práva* (2. vyd.). Praha: ASPI.
- Boguszak, J. a Jičínský, Z. (1952) Marasmus soudobé buržoasní theorie státu a práva. *Právník*, roč. 91, s. 476-499.

- Brezina, P. (2006). *Pojem práva z antropologické perspektivy*. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta.
- Burkhardt, A. N. a Stein, R. A. (1996) *How To Study Law and Take Law Exams*. St. Paul, MN: West Publishing Co.
- Calabresi, G. (2000) Two Functions of Formalism. *The University of Chicago Law Review*, roč. 67, s. 479-488.
- Carbonnier, J. (1978) *Sociologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Cardozo, B. N. (1921) *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, CN: Yale University Press.
- Carrington, P. D. (1984) Of Law and the River. *Journal of Legal Education*, roč. 34, s. 222-228.
- Cepl, V. (1973) K pojmu efektivnosti právních norem. *Právník*, roč. 112, s. 892-900.
- Coase, R. (1960) The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, roč. 3, s. 1-44.
- Cobley, P. a Jansz, L. (2004) *Introducing Semiotics*. Thriplow: Icon Books.
- Cohen, F. (1935) Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, roč. 35, s. 809-849.
- Colburn, H. (1828) Mr. Brougham's Speech on the Present State of the Law. *Jurist, or Quarterly Journal of Jurisprudence and Legislation*, roč. 2, s. 1-37.
- Collins, H. (1982) *Marxism and Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Craig, P. a de Búrca, G. (2011) *EU Law: Text, Cases, and Materials* (5 vyd.). Oxford: Oxford University Press.
- Culler, J. (2001) *The Pursuit of Signs*. London: Routledge.
- Curran, V. G. (2001) Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law. *Cornell International Law Journal*, roč. 35, s. 101-188.
- Curran, V. G. (2001a) Rethinking Hermann Kantorowitz: Free Law, American Legal Realism and the Legacy of Anti-formalism. In A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (s. 66-91). Oxford: Hart.
- Čapek, J. (1958) Teorie právního realismu. *Právník*, roč. 97, s. 701-710.
- Čechák, P. (2010). *Axiologické aspekty efektivnosti působení práva*. Disertační práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta.
- Davies, M. (2008) *Asking the Law Question* (3. vyd.). Sydney: Lawbook Co.

- Delgado, R. (1987) The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, roč. 22, s. 301-322.
- Delgado, R. (1989) Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative. *Michigan Law Review*, roč. 87, s. 2411-2441.
- Delgado, R. (1990) When a Story Is Just a Story: Does Voice Really Matter. *Virginia Law Review*, roč. 76, s. 95-112.
- Delgado, R. (1997) Rodrigo's Thirteenth Chronicle: Legal Formalism and Law's Discontents. *Michigan Law Review*, roč. 95, s. 1105-1149.
- Diner, D. a Stolleis, M. (Eds.) (1999) *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Juxtaposition*. Gerlingen: Bleicher.
- Dornsife, Ch. (2001) *Montana: No Speed Limit Safety Paradox*. Waunakee, WI: National Motorists Association; online k dispozici na adrese <http://www.motorists.org/press/montana-no-speed-limit-safety-paradox> [<http://bit.ly/16YOGrT>], navštíveno 7.7. 2013
- Douzinas, C. a Gearey, A. (2005) *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*. Oxford: Hart Publishing.
- Duxbury, N. (1991). *The Origins of Modern American Jurisprudence, Part I: The Birth of Legal Formalism*. Working Paper. University of Manchester, Faculty of Law.
- Duxbury, N. (1991a) Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism. *Journal of Law and Society*, roč. 18, s. 175-205.
- Duxbury, N. (1995) *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Duxbury, N. (2003) A Century of Legal Studies. In P. Cane a M. Tushnet (ed.), *The Oxford Handbook of Legal Studies* (s. 950-974). Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1978) *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Dworkin, R. (2001) *Když se práva berou vážně* (přel. Z. Masopust). Praha: OIKOYMENH.

- Easterbrook, F. (1993) Text, History, and Structure in Statutory Interpretation. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, roč. 17, s. 61-70.
- Ehrlich, E. (1917) Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects. In AALS, *Science of Legal Method* (s. 47-84). Boston, MA: The Boston Book Company.
- Ehrlich, E. (2002) *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (přel. W. L. Moll). New Brunswick: Transaction Publishers.
- Ely, J. H. (1973) The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*. *Yale Law Journal*, roč. 82, s. 920-949.
- Frank, J. (1949) *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Frank, J. (2009) *Law & the Modern Mind*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers.
- Frankfurter, F. (1916) The Constitutional Opinions of Justice Holmes. *Harvard Law Review*, roč. 29, s. 683-702.
- Friedman, L. M. (2005) *A History of American Law* (3. vyd.). New York, NY: Touchstone.
- Frug, J. (1987) McCarthyism and Critical Legal Studies. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, roč. 22, s. 665-701.
- Fuller, L. L. (1934) American Legal Realism. *University of Pennsylvania Law Review*, roč. 82, s. 429-462.
- Fuller, L. L. (1949) The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, roč. 62, s. 616-645.
- Fuller, L. L. (1958) Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart *Harvard Law Review*, roč. 71, s. 630-672.
- Fuller, L. L. (1998) *Morálka práva* (přel. J. Přibáň). Praha: OIKOYMENH.
- Gavit, B. C., Fuchs, R. F. a Paulsen, M. G. (1952) *Cases and Materials on an Introduction to Law and the Judicial Process* (2. vyd.). Chicago: Callaghan & Co.
- Gény, F. (1917) Judicial Freedom of Decision: Its Necessity and Method. In AALS, *Science of Legal Method* (s. 1-46). Boston: The Boston Book Company.
- Gerloch, A. (2007) Ke koncepci legislativní činnosti. In A. Gerloch a J. Kysela (ed.), *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie* (s. 11-18). Praha: ASPI.
- Gerloch, A. (2009) *Teorie práva* (5. vyd.). Plzeň: Aleš Čeněk.

- Gerloch, A. a kol. (2008) *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI.
- Gerloch, A. a Kysela, J. (ed.) (2007) *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie*. Praha: ASPI.
- Gerloch, A., Tryzna, J. a Wintr, J. (ed.) (2012) *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk.
- Gray, J. C. (1909) *The Nature and Sources of The Law* (2. vyd.). New York: Columbia University Press.
- Griswold, E. N. (1978) Lon Luvois Fuller--1902-1978. *Harvard Law Review*, roč. 92, s. 351-352.
- Guest, S. (1991) *Ronald Dworkin*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Gunther, G. (1994) *Learned Hand: The Man and the Judge*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hackney, J. R. J. (2009). *Morton Horwitz's Methodological Transformation: Some Musings on Transformations I and II*. Northeastern Public Law and Theory Faculty Working Paper Series. Chicago: Northeastern University School of Law; online k dispozici na adrese <http://ssrn.com/abstract=1410134> (navštíveno 7.7.2013).
- Hácha, E. a kol., (1929) *Slovník veřejného práva československého, sv. I - A až Ch*. Brno: Polygrafia - Rudolf M. Rohrer.
- Haldemann, F. (2005) Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris*, roč. 18, s. 162-178.
- Hall, J. (1937) Nulla Poena Sine Lege. *Yale Law Journal*, roč. 47, s. 165-193.
- Hanuš, L. (2009) Gustav Radbruch – o napětí mezi spravedlností a právní jistotou. *Právní rozhledy*, roč. 2009(16), s. 579-585.
- Harris, J. W. (1989) Unger's Critique of Formalism in Legal Reasoning: Hero, Hercules, and Humdrum. *Modern Law Review*, roč. 52, s. 42-63.
- Harris, J. W. (1997) *Legal Philosophies* (2. vyd.). London: Butterworths.
- Hart, H. L. A. (1958) Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, roč. 71, s. 593-629.
- Hart, H. L. A. (1965) The Morality of Law. By Lon L. Fuller (recenze). *Harvard Law Review*, roč. 78, s. 1281-1296.
- Hart, H. L. A. (1977) American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Georgia Law Review*, roč. 11, s. 969-989.

- Hart, H. L. A. (1994) *The Concept of Law* (2. vyd.). Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2003) *Právo, sloboda a morálka* (přel. A. Brörtl). Bratislava: Kalligram.
- Hart, H. L. A. (2004) *Pojem práva* (přel. P. Fantys). Praha: Prostor.
- Harvánek, J. a kol. (2008) *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk.
- Havelková, B. (2009) Genderová rovnost v období socialismu. In M. Bobek, P. Molek a V. Šimíček (ed.), *Komunistické právo v Československu: Kapitoly z dějin bezpráví* (s. 179-206). Brno: Masarykova univerzita.
- Havlíček, K. (2013) Kam právo nemůže: květnová poznámka. *Soudce*, roč. XV (č. 5/2013), s. 2-3.
- Hayek, F. A. (2008) *Cesta do otroctví* (přel. V. Machová). Brno: Barrister & Principal.
- Hendrych, D. a kol. (2012) *Správní právo: Obecná část* (8. vyd.). Praha: C.H.Beck.
- Herget, J. E. a Wallace, S. (1987) The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. *Virginia Law Review* roč. 37, s. 399-455.
- Hoebel, E. A. (1954) *The Law of Primitive Man*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hohfeld, W. N. (1913) Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, roč. 23, s. 16-59.
- Holländer, P. (2000) *Nástin filosofie práva: úvahy strukturální*. Praha: Všehrd.
- Holländer, P. (2013) Soumrak moderního státu. *Právník*, roč. 152, s. 1-28.
- Holmes, O. W. (1880) Book Notice. *American Law Review*, roč. 14, s. 233-235.
- Holmes, O. W. (1881) *The Common Law*. Boston: Little, Brown, and Company.
- Holmes, O. W. (1897) The Path of the Law. *Harvard Law Review*, roč. 10, s. 457-478.
- Holmes, O. W. (1992) *The Essential Holmes*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Horwitz, M. J. (1977) *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Horwitz, M. J. (1992) *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York, NY: Oxford University Press.
- Hořák, J. (2011) *Trestněprávní a kriminologické aspekty vražd*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta.

- Hull, N. E. H. (1987) Some Realism about the Llewellyn-Pound exchange over Realism: The Newly Uncovered Private Correspondence, 1927-1931. *Wisconsin Law Review*, roč. 1987, s. 921-969.
- Hull, N. E. H. (1997) *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Hutcheson, J. C. (1928) The Judgment Intuitive: The Function of the „Hunch“ in Judicial Decision. *Cornell Law Quarterly*, roč. 14, s. 274-288.
- Ibbetson, D. (2004) Hermann Kantorowicz (1877–1940) and Walter Ullmann (1910–1983). In J. Beatson a R. Zimmermann (ed.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain*. Oxford: Oxford University Press.
- Jablonek, C. (2000) Hans Kelsen: Introduction (přel. B. Cooper). In A. J. Jacobson a B. Schlink (ed.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (s. 67-76). Berkeley, CA: University of California Press.
- Jacobson, A. a Schlink, B. (ed.) (2000) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Jelínek, J. a kol. (2010) *Trestní právo procesní*. Praha: Leges.
- Jemelka, L., Pondělíčková, K. a Bohadlo, D. (2011) *Správní řád: komentář* (3. vyd.). Praha: C.H.Beck.
- von Jhering, R. (1884) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz : Eine Weihnachtsgabe f. d. juristische Publikum*. Leipzig : Breitkopf & Härtel; online k dispozici na adrese <http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22154197%22> [<http://bit.ly/18G8NNE>] (navštíveno 7.7.2013)
- von Jhering, R. (1985) In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy. *Temple Law Quarterly*, roč. 58, s. 799-842.
- von Jhering, R. (2009) *Boj o právo. Právní věda všedního dne* (přel. F. Karafiát a L. Bezoušková). Plzeň: Aleš Čeněk.
- Kallab, J. (1917) O novějších směrech v metodologii právní praxe. *Právník*, roč. 56, s. 497-504, 529-536 a 561-568.
- Kallab, J. (1921) *Úvod ve studium metod právnických. Kniha druhá, hlavní směry*. Brno: Barvič a Novotný.
- Kantorowitz, H. (1934) Some Rationalism about Realism. *Yale Law Journal*, roč. 43, s. 1240-1253.

- Kantorowitz Carter, F. (2006) Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906). *German Law Journal*, roč. 7, s. 657-700.
- Kelly, J. M. (1992) *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1929) Juristický formalismus a ryzí nauka právní (přel. F. Weyr). *Časopis pro právní a státní vědu*, roč. 12, s. 163-168 a 207-211.
- Kelsen, H. (1945) *General Theory of Law and State*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (2000) Legal Formalism and the Pure Theory of Law (přel. B. Cooper). In A. J. Jacobson a B. Schlink (ed.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (s. 76-83). Berkeley, CA: University of California Press.
- Kennedy, D. (1970) How the Law School Fails: A Polemic. *Yale Review of Law and Social Action*, roč. 1, s. 71-90.
- Kennedy, D. (1973) Legal Formality. *Journal of Legal Studies*, roč. 2, s. 351-398.
- Kennedy, D. (1976) Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, roč. 89, s. 1685-1778.
- Kennedy, D. (1979) Structure of Blackstone's Commentaries. *Buffalo Law Review*, roč. 28, s. 205-382.
- Kennedy, D. (1981) Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. *Stanford Law Review*, roč. 33, s. 387-445.
- Kennedy, D. (2001) Legal Formalism. In N. J. Smelser a P. B. Baltes (ed.), *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (s. 8634-8638). Amsterdam: Elsevier.
- Kennedy, D. (2004) *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. New York: New York University Press.
- Kennedy, D. (2006) *The Rise & Fall of Classical Legal Thought*. Washington, DC: Beard Books.
- Kincl, J., Urfus, V. a Skřejpek, M. (1995) *Římské právo*. Praha: C.H.Beck.
- King, R. E. a Sunstein, C. R. (1999) Doing without Speed Limits. *Boston University Law Review*, roč. 79, s. 155-191.
- Klabbers, J. (2007) Kadi Justice at the Security Council. *International Organizations Law Review*, roč. 4, s. 293-304.
- Knapp, V. (1974) Kritika antimarxismu západoevropské právní sociologie: Kritické poznámky k dílu J. Carbonniera. *Právník*, roč. 113, s. 361-375.

- Knapp, V. (1995) *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck.
- Knapp, V. (1996) *Velké právní systémy: Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C.H.Beck.
- Knapp, V. (2002) *Problém nacistické právní filosofie*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk.
- Knapp, V. (2003) *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: EUROLEX BOHEMIA.
- Knapp, V. a Masopust, Z. (1985) Pokračování sovětské diskuse o pojmu práva. *Právník*, roč. 124, s. 730-735.
- Kokeš, M. (2013) Soudcovské platy 2013 aneb prozatimní vrchol českého zákonodárného kutilství v kontextu judikatury Ústavního soudu. *Jurisprudence*, roč. 22 (č. 3/2013), s. 3-9.
- Kudrna, J. (2007) Racionální zákonodárce jako předpoklad existence právního státu. In A. Gerloch a J. Kysela (ed.), *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie* (s. 157-167). Praha: ASPI.
- Kuhn, T. S. (1997) *Struktura vědeckých revolucí* (přel. T. Jeníček). Praha: OIKOYMENH.
- Kühn, Z. (1999) Pojem a role právního principu. In J. Boguszak (Ed.), *Právní principy* (s. 91-103). Pelhřimov: Vydavatelství 999.
- Kühn, Z. (2001) Základní modely soudcovské argumentace. *Právník*, roč. 140, s. 342-368.
- Kühn, Z. (2001a) Jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 9, s. 236-245.
- Kühn, Z. (2002) *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum.
- Kühn, Z. (2005) *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace: Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Praha: C.H.Beck.
- Kühn, Z., Bobek, M. a Polčák, R. (ed.) (2006) *Judikatura a právní argumentace: Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium.
- Lacey, N. (2004) *A Life of H. L. A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press.
- Lajsek, V. (2012) Vliv Vorwissen, Vorverständnis a hunch theory na rozhodování soudců. *Právník*, roč. 151, s. 586-603.

- Landes, E. a Posner, R. (1978) The Economics of the Baby Shortage. *Journal of Legal Studies*, roč. 7, s. 323-348.
- Leiter, B. (2005) American Legal Realism. In M. P. Golding a W. A. Edmundson (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (s. 50-66). Oxford: Blackwell.
- Livius (1971) *Dějiny, sv. I* (přel. P. Kucharský a Č. Vránek). Praha: Svoboda.
- Llewellyn, K. N. (1930) A Realistic Jurisprudence - The Next Step. *Columbia Law Review*, roč. 30, s. 431-465.
- Llewellyn, K. N. (1931) Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, roč. 44, s. 1222-1264.
- Llewellyn, K. N. (1940) The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method. *Yale Law Journal*, roč. 49, s. 1355-1400.
- Llewellyn, K. N. (1950) Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed. *Vanderbilt Law Review*, roč. 3, s. 395-406.
- Llewellyn, K. N. (1960) *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston, MA: Little, Brown & Co.
- Llewellyn, K. N. (2011) *The Theory of Rules*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Llewellyn, K. N. (2012) *The Bramble Bush: On Our Law and its Study*. New Orleans, LO: Quid Pro Books.
- Lojek, A. (2011) *České azylové právo 16. až 18. století: Kořeny pozdější úpravy nebo možná inspirace pro současnost?* Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta.
- MacCormick, N. (1994) *Legal Reasoning and Legal Theory* (2. vyd.). Oxford: Oxford University Press.
- MacKinnon, C. A. (1993) Crimes of War, Crimes of Peace. *UCLA Women's Law Journal*, roč. 4, s. 59-86.
- MacKinnon, C. A. (2005) *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MacKinnon, C. A. (2011) Substantive Equality: A Perspective. *Minnesota Law Review*, roč. 96, s. 1-27.
- Maharg, P. (2007) *Transforming Legal Education: Learning and Teaching the Law in the Early Twenty-first Century*. Aldershot: Ashgate.

- Machalová, T. (ed.) (2003) *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena)*. Brno: Masarykova Univerzita.
- Mansell, W., Meteyard, B. a Thomson, A. (2004) *A Critical Introduction to Law* (3 vyd.). London: Cavendish Publishing.
- Maršálek, P. (2004) Proměny české právní vědy 1945-1989. In K. Malý a L. Soukup (ed.), *Vývoj práva v Československu v letech 1945-1989* (s. 29-58). Praha: Karolinum.
- Maršálek, P. (2008) *Právo a společnost*. Praha: Auditorium.
- Maršálek, P. (2010) Česká právní věda mezi dvěma světovými válkami a její metodologie. In K. Malý a L. Soukup (ed.), *Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918-1938) a jejich místo ve střední Evropě* (s. 61-77). Praha: Karolinum.
- Martin, M. (1997) *Legal Realism: American and Scandinavian*. New York: Peter Lang.
- Marx, K., Engels, F. (1974) *Manifest Komunistické strany* (přel. L. Štoll). Praha: Svoboda; online k dispozici na adrese <http://klempera.tripod.com/manifest.htm> [<http://bit.ly/14W93mu>] (navštíveno 7.7.2013)
- Masopust, Z. (1972) Ke kritice současné buržoazní politické vědy v USA. *Právník*, roč. 111, s. 622-634.
- Mates, P. (2013) Jiné prameny práva. *Jurisprudence*, roč. 22 (č. 1/2013), s. 22-27.
- Melzer, F. (2011) *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace* (2. vyd.). Praha: C.H.Beck.
- Mestre, J. (2002) *Francouzské obchodní právo* (přel. R. Pelikán a J. Převrátíl). Praha: Orac.
- Miller, R. (2001) Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership. *Leiden Journal of International Law*, roč. 14, s. 653-663.
- Minda, G. (1995) *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: New York University Press.
- Moliterno, J. E. a Lederer, F. I. (2010) *An Introduction to Law, Law Study, and the Lawyer's Role*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Morris, C. a Murphy, C. (2011) *Getting a PhD in Law*. Oxford: Hart.

- Musil, J., Kratochvíl, V., Šámal, P. a kol. (2007) *Kurs trestního práva: Trestní právo procesní*. Praha: C.H.Beck.
- Nagel, T. (1970) *The Possibility of Altruism*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Nešpor, Z. R. (2011) *Republika sociologů: Zlatá éra české sociologie v meziválečném období a krátce po druhé světové válce*. Praha: Scriptorium.
- Neubauer, Z. (1931) Interpretace a aplikace práva v pojetí normativní teorie. *Právník*, roč. 70, s. 532-541.
- Nussbaum, M. C. (2007) Constitutions and Capabilities: Perception against Lofty Formalism. *Harvard Law Review*, roč. 121, s. 4-97.
- Olivecrona, K. (1971) *Law as Fact* (2. vyd.). London: Steven & Sons.
- Paulson, S. L. (1995) Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views? *Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 15, s. 489-500.
- Pavlíček, V. a kol. (2011) *Ústavní právo a státověda, II. díl: Ústavní právo České republiky*. Praha: Leges.
- Pelikánová, I. (2000) *Úvod do srovnávacího práva obchodního*. Praha: C.H.Beck.
- Pelikánová, I. a kol. (2010) *Obchodní právo, 1. díl* (2. vyd.). Praha: Wolters Kluwer ČR.
- Petříček, M. (1997) *Úvod do (současné) filosofie* (4. vyd.). Praha: Hermann & synové.
- Phillips, E. M. a Pugh, D. S. (2010) *How To Get a PhD: A Handbook for Students and their Supervisors* (5. vyd.). Maidenhead: Open University Press.
- Posner, R. (1995) *Overcoming Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Posner, R. (2003) *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Posner, R. (2007) *The Little Book of Plagiarism*. New York: Pantheon Books.
- Posner, R. (2009) *Law and Literature*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Posner, R. (2011) *Economic Analysis of Law* (8. vyd.). New York: Aspen Publishers.
- Pospíšil, J. (2006) Výsledkem legislativního procesu má být kvalitní a přehledný právní řád. *Právní rozhledy*, roč. 14 (č. 18/2006), s. II.
- Pound, R. (1905) Decadence of Equity. *Columbia Law Review*, roč. 5, s. 20-35.

- Pound, R. (1908) Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review* roč. 8, s. 605-623.
- Pound, R. (1909) Liberty of Contract. *Yale Law Journal*, roč. 18, s. 454-487.
- Pound, R. (1910) Law in Books and Law in Action. *American Law Review*, roč. 44, s. 12-36.
- Pound, R. (1922) Appreciation of Eugen Ehrlich. *Harvard Law Review*, roč. 36, s. 129-145.
- Pound, R. (1931) The Call for a Realist Jurisprudence. *Harvard Law Review*, roč. 44, s. 697-711.
- Přibáň, J. (1996) *Sociologie práva*. Praha: Sociologické nakladatelství.
- Přibáň, J. (2001) Kritická právní věda a sociologie práva. *Právník*, roč. 140, s. 1211-1226.
- Přibáň, J. (2001a) *Disidenti práva*. Praha: Sociologické nakladatelství.
- Radbruch, G. (1946) Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, roč. 1, s. 105-108.
- Radin, M. (1931) Legal Realism. *Columbia Law Review*, roč. 31, s. 824-828.
- Riddall, J. G. (1999) *Jurisprudence* (2. vyd.). Oxford: Oxford University Press.
- Richter, T. (2007) Jak (ne)pomoci legislativnímu procesu. *Právní rozhledy*, roč. 15(3/2007), s. 105-109.
- Richter, T. (2008) *Insolvenční právo*. Praha: ASPI.
- Richter, T. (2013) Koho chléb jíš, toho píseň zpívej: Konflikty vznikající při propojení právní praxe s právní teorií. *Právník*, roč. 152, s. 124-137.
- Ross, A. (1957) Tu-Tu. *Harvard Law Review*, roč. 70, s. 812-825.
- Rouček, F., Sedláček, J. a kol. (1935) *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, díl první (§§1 až 284)*. Praha: V. Linhart.
- Řeháček, O. a Vrba, M. (2013) K některým otázkám spojeným s neúčinností právních úkonů dle insolvenčního zákona. *Právní rozhledy*, roč. 21, s. 305-312.
- Salter, M. a Mason, J. (2007) *Writing Law Dissertations: An Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research*. Harlow: Pearson Education.
- Scalia, A. (1989) Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, roč. 57., s. 849-866.

- Scalia, A. (1997) *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Seligman, J. (1978) *The High Citadel: The Influence of Harvard Law School*. Boston: Houghton Mifflin Company.
- Seltenreich, R. (2002) Gustav Radbruch - právník v době "krize práva". *Právník*, roč. 141, s. 821-829.
- Seltenreich, R. (2007) Shylock vs. Antonio. In R. Seltenreich a J. Kuklík (ed.), *Dějiny angloamerického práva* (s. 343-352). Praha: Linde.
- Shakespeare, W. (nedat.) *The Merchant of Venice*. On-line k dispozici na adrese <http://shakespeare.mit.edu/merchant/full.html> [<http://bit.ly/16XWcBE>] (navštíveno 7.7.2013)
- Shakespeare, W. (1955) *Benátský kupec* (přel. E.A.Saudek). Praha: Orbis.
- Shakespeare, W. (1999) *Kupec benátský* (přel. M. Hlinský). Praha: Torst.
- Shapiro, F. R. a Pearse, M. (2012) The Most-cited Law Review Articles of All Time. *Michigan Law Review*, roč. 110, s. 1483-1520.
- Schauer, F. (1988) Formalism. *The Yale Law Journal*, roč. 97, s. 509-548.
- Schauer, F. (1991) *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.
- Schauer, F. (2008) A Critical Guide to Vehicles in the Park. *New York University Law Review*, roč. 83, s. 1109-1134.
- Schauer, F. (2008) Formalism: Legal, Constitutional, Judicial. In K. Whittington, D. Kelemen a G. Caldeira (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (s. 428-436). Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F. (2009) *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Scheuerman, W. E. (1999) Free Market Anti-Formalism: The Case of Richard Posner. *Ratio Juris*, roč. 12, s. 80-95.
- Schorm, V. (2000) *Proces tvorby zákonů ve Francii*. Praha: vlastním nákladem.
- Singer, J. W. (1984) The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. *The Yale Law Journal*, roč. 94, s. 1-70.
- Skřejpek, M. (1999) *Ius et religio: právo a náboženství ve starověkém Římě*. Pelhřimov: Vydavatelství 999.
- Skřejpek, M. (2004) *Prameny římského práva - Fontes iuris romani*. Praha: LexisNexis CZ.

- Sobek, T. (2008) *Argumenty teorie práva*. Praha - Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR a Aleš Čeněk.
- Sobek, T. (2010) *Nemorální právo*. Praha a Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR a Aleš Čeněk.
- Sobek, T. (2011) *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR.
- Sofokles (1982) *Antigona* (přel. L. Feldek a. J. Špaňár). Bratislava: Tatran.
- Sokol, J. (2007) *Moc, peníze a právo. Esej o společnosti a jejích institucích*. Plzeň: Aleš Čeněk.
- Stiebitz, F. (1976) *Řecká dramata*. Praha: Mladá fronta.
- Stone, M. (2002) Formalism. In J. Coleman a S. Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (s. 166-205). Oxford: Oxford University Press.
- Summers, R. S. (2000) *Essays in Legal theory*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Sunstein, C. (1987) Lochner's Legacy. *Columbia Law Review*, roč. 87, s. 873-919.
- Svák, J. a kol., a. (2012) *Teória a prax legislatívy* (3. vyd.). Bratislava: Paneurópska vysoká škola a EUROKÓDEX.
- Svoboda, K. (2012) Proč a jak české civilní soudy ignorují zákon. *Jurisprudence*, roč. 21 (č. 6/2012), s. 10-14.
- Svoboda, P. (2007) *Úvod do evropského práva* (2. vyd.). Praha: C.H.Beck.
- Svoboda, P. (2011) *Úvod do evropského práva* (4. vyd.). Praha: C.H.Beck.
- Šín, Z. (2009) *Tvorba práva: pravidla, metodika, technika* (2. vyd.). Praha: C.H.Beck.
- Škop, M. (2008) *Právo v postmoderní situaci*. Brno: Masarykova univerzita.
- Šouša, J. (2009) *Obecní majetek v Čechách 1848-1938: Základy právní úpravy a vývoj komunálního majetku v Čechách v letech 1848-1938*. Praha: Karolinum.
- Švestka, J., Dvořák, J. a kol. (2009) *Občanské právo hmotné, sv. I* (5. vyd.). Praha: ASPI.
- Tamanaha, B. Z. (2001) *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Tamanaha, B. Z. (2006) *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Tamanaha, B. Z. (2009) Understanding Legal Realism. *Texas Law Review*, roč. 87, s. 731-786.
- Tamanaha, B. Z. (2010) *Beyond the Formalist - Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Princeton: Princeton University Press.
- Tamanaha, B. Z. (2012) *Failing Law Schools*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Terré, F. (1996) *Introduction générale au droit* (3. vyd.). Paris: Dalloz.
- Tomsa, B. (1946) *Nauka o právních vědách: základy právní methodologie*. Praha: Všehrd.
- Treves, R. (1985) Hans Kelsen et la sociologie du droit. *Droit et société*, roč. 1, s. 15-23.
- Trubek, D. M. (1990) Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement. *Florida State University Law Review*, roč. 18, s. 1-56.
- Trubek, D. M. a Galanter, M. (1974) Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. *Wisconsin Law Review*, roč. 1974, s. 1062-1102.
- Tryzna, J. (2010) *Právní principy a právní argumentace: K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium.
- Twining, W. (1968) *The Karl Llewellyn Papers*. Chicago: The University of Chicago, The Law School.
- Twining, W. (1985) *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London: Weindenfeld and Nicolson.
- Twining, W. (2009) *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Unger, R. M. (1975) *Knowledge and Politics*. New York: The Free Press.
- Unger, R. M. (1976) *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*. New York: The Free Press.
- Unger, R. M. (1983) The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, roč. 96, s. 561-675.
- Urfus, V. (1986) Právní hermeneutika či hermeneutika v právu? (K otázce interpretace práva v soudobé západoevropské právní teorii). *Právník*, roč. 125, s. 1135-1146.

- van der Walt, J. (2005) *Law and Sacrifice: Towards a Post-Apartheid Theory of Law*. London: Birkbeck Law Press.
- Večeřa, M. a Urbanová, M. (2011) *Sociologie práva* (2. vyd.). Plzeň: Aleš Čeněk.
- Vedral, J. (2012) *Správní řád: komentář* (2. vyd.). Praha: RNDr. Ivana Hexnerová - BOVA POLYGON.
- Veitch, S., Christodoulidis, E. a Farmer, L. (2007) *Jurisprudence: Themes and Concepts*. Abingdon: Routledge-Cavendish.
- Vernant, J.-P. (1995) *Počátky řeckého myšlení*. Praha: OIKOYMENH.
- Vopálka, V. (2007) Zákony a podzákonné právní předpisy. In A. Gerloch a J. Kysela (Eds.), *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie* (s. 219-225). Praha: ASPI.
- Wacks, R. (2005) *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Wagnerová, E. a kol. (2012) *Listina základních práv a svobod: komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR.
- Weber, M. (1954) *Max Weber on law in economy and society*. New York: Simon and Schuster.
- Weber, M. (1968) *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. New York: Bedminster Press.
- Weinberger, O., Kubeš, V. a Kosek, J. (ed.) (2003) *Brněnská škola (normativní teorie)*. Praha: Karolinum.
- Weinrib, E. J. (1988) Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law. *The Yale Law Journal*, roč. 97, s. 949-1016.
- Weinrib, E. J. (1993) The Jurisprudence of Legal Formalism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, roč. 16, s. 583-595.
- Weyr, F. (1920) *Základy filosofie právní (nauka o poznávání právnickém)*. Brno: A. Piša.
- Weyr, F. (1936) *Teorie práva*. Brno - Praha: Orbis.
- Weyr, F. (1946) *Úvod do studia právnického (normativní teorie)*. Brno: Čsl. akademický spolek „Právník“.
- Wintr, J. (2006) *Říše principů: Obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum.
- Wintr, J. (2010) *Česká parlamentní kultura*. Praha: Auditorium.
- Wintr, J. (2013) *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium.

Zoulík, F. (2011) *Právní řád a jeho souvislosti: Základy práva*. Praha: Wolters Kluwer ČR a CEVRO Institut.

Zweigert, K. a Kötz, H. (1998) *Introduction to Comparative Law* (přel. T. Weir) (3. vyd.). Oxford: Oxford University Press.

Právní a kvaziprávní předpisy, legislativní dokumenty

ČR

zákon č. 22/1930 Sb. o zásluhách T. G. Masaryka

zákon č. 107/1960 Sb. o jednacím a pracovním řádu Národního shromáždění

zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád)

zákon č. 116/1990 Sb. o nájmu a podnájmu nebytových prostor

zákon č. 582/1991 Sb., o organizaci a provádění sociálního zabezpečení

zákon č. 198/1993 Sb. o protiprávnosti komunistického režimu a o odporu proti němu

zákon č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny

zákon č. 107/1999 Sb., o jednacím řádu Senátu

zákon č. 309/1999 Sb. o Sbírce zákonů a o Sbírce mezinárodních smluv

zákon č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů (zákon o silničním provozu)

zákon č. 352/2001 Sb. o užívání státních symbolů České republiky a o změně některých zákonů

zákon č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu

zákon č. 257/2004 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o podnikání na kapitálovém trhu, zákona o kolektivním investování a zákona o dluhopisech

zákon č. 500/2004 Sb., správní řád

zákon č. 180/2005 Sb. o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů)

zákon č. 552/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony

vyhláška Ministerstva životního prostředí č. 294/2006 Sb., o odchylném postupu pro usmrcování špačka obecného

nařízení vlády č. 39/2007 Sb. o způsobu určení vyměřovacího základu zaměstnavatele pro odvod pojistného na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti

zákon č. 261/2007 Sb. o stabilizaci veřejných rozpočtů

zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník

zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád

zákon č. 220/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony

zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

zákon č. 428/2012 Sb. o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi a o změně některých zákonů (zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi)

rozhodnutí prezidenta republiky č. 1/2013 Sb. o amnestii ze dne 1. ledna 2013

legislativní pravidla vlády, k dispozici na adrese
http://www.vlada.cz/assets/jednani-vlady/legislativni-pravidla/LPV_uplne-zneni.pdf [<http://bit.ly/12biEUr>] (navštíveno 7.7.2013)

volební a jednací řád Akademického senátu Univerzity Karlovy, k dispozici na stránce <http://www.cuni.cz/UK-146-version1-9uk2zuz.pdf> [<http://bit.ly/12kBmYF>], (navštíveno 7.7.2013)

opatření rektora UK č. 9/2012, k dispozici na stránce <http://www.cuni.cz/UK-4270.html> (navštíveno 7.7.2013)

novela zákona o jednacím řádu Poslanecké sněmovny (6. volební období Poslanecké sněmovny, sněmovní tisk 577); k dispozici na adrese <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?T=577&O=6> [<http://bit.ly/13uvxPJ>], (navštíveno 7.7.2013)

novela zákona o odpadech – EU (6. volební období Poslanecké sněmovny, sněmovní tisk 730); k dispozici na adrese <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=6&T=730> [<http://bit.ly/12bhLLL>] (navštíveno 7.7.2013)

usnesení Stálé komise Senátu pro Ústavu ČR a parlamentní procedury ke stanovisku k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 90/1995 Sb., o jednacím řádu Poslanecké sněmovny, ve znění pozdějších předpisů (9. funkční období, senátní tisk č. 36/2); k dispozici na adrese

<http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/htmlhled?action=doc&value=67689> [<http://bit.ly/12QBbZe>] (navštíveno 7.7.2013)

Obecné zásady pro hodnocení dopadů regulace (vydané formou usnesení vlády),
k dispozici na adrese
<http://www.vlada.cz/assets/ppov/lrv/ria/metodiky/Obecne-zasady-pro-hodnoceni-dopadu-regulace.pdf> [<http://bit.ly/1bgBSPe>]
(navštíveno 7.7.2013)

EU

Smlouva o Evropské unii (SEU) a Smlouva o fungování Evropské unie (SFEU);
jejich konsolidované znění vyhlášeno jako oznámení č. 2010/C 83/01
(Úř. věst. C 83, 30.3.2010, s. 1)

interinstitucionální dohoda ze dne 22. prosince 1998 o společných pokynech k
redakční kvalitě právních předpisů Společenství (Úř. věst. C 73,
17.3.1999, s. 1, zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 01 Svazek 03
s. 39)

interinstitucionální dohoda ze dne 20. prosince 1994: Zrychlená pracovní metoda
pro úřední kodifikaci právních předpisů (Úř. věst. C 102, 4.4.1996, s. 2,
zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 01 Svazek 01 s. 348)

interinstitucionální dohoda ze dne 28. listopadu 2001 o systematictějšímu využívání
metody přepracování právních aktů (Úř. věst. C 77, 28.3.2002, s. 1,
zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 01 Svazek 03 s. 418)

jednací řád Evropského parlamentu, k dispozici na adrese
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getLastRules.do?language=CS&reference=TOC> [<http://bit.ly/15oZOo7>] (navštíveno 7.7.2013)

jednací řád Rady, přijat jako příloha rozhodnutí Rady ze dne 1. prosince 2009,
kterým se přijímá její jednací řád (Úř. věst. L 325, 11.12.2009, s. 35)

jednací řád Komise (Úř. věst. L 308, 8.12.2000, s. 26, zvláštní vydání v českém
jazyce: Kapitola 01 Svazek 03 s. 213); aktuální konsolidované znění
k dispozici na adrese <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000Q3614:20111116:CS:PDF> [<http://bit.ly/12w4SM1>] (navštíveno 7.7.2013)

nařízení Komise (ES) č. 244/2009, kterým se provádí směrnice Evropského
parlamentu a Rady 2005/32/ES, pokud jde o požadavky na ekodesign
nesměrových světelných zdrojů pro domácnost (Úř. věst. L 76,
24.3.2009, s. 3)

Pravidla pro jednotnou úpravu dokumentů; k dispozici na adrese
<http://publications.europa.eu/code/cs/cs-000300.htm>
[<http://bit.ly/12OXF8F>] (navštíveno 7.7.2013)

prováděcí nařízení Rady (EU) č. 78/2013 ze dne 17. ledna 2013, kterým se ukládá
konečné antidumpingové clo a s konečnou platností vybírá prozatímní
clo uložené na dovoz některých potrubních tvarovek ze železa nebo
oceli pocházejících z Ruska a Turecka (Úř. věst. L 27, 29.1.2013, s. 1)

rámcová dohoda o vztazích mezi Evropským parlamentem a Evropskou komisí (Úř.
věst. L 304, 20.11.2010, s. 47)

USA

14. dodatek Ústavy USA; online k dispozici na adrese
<http://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>
[<http://bit.ly/1bNVniz>] (navštíveno 7.7.2013)

Švýcarsko

Code civil suisse (občanský zákoník); online k dispozici na adrese
<http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/a1.html> [<http://bit.ly/13D7jSl>]
(navštíveno 7.7.2013)

Judikatura

Ústavní soud

nález sp. zn. Pl. ÚS 19/93

nález sp. zn. III. ÚS 74/94

nález sp. zn. III. ÚS 127/96

nález sp. zn. Pl. ÚS 33/97

nález sp. zn. III. ÚS 224/98

nález sp. zn. Pl. ÚS 6/02

nález sp. zn. IV. ÚS 22/03

nález sp. zn. II. ÚS 73/03

nález sp. zn. I. ÚS 146/03

nález sp. zn. IV. ÚS 283/03

nález sp. zn. IV. ÚS 290/03

nález sp. zn. I. ÚS 546/03
nález sp. zn. Pl. ÚS 23/04
nález sp. zn. I. ÚS 43/04
nález sp. zn. III. ÚS 428/04
nález sp. zn. II ÚS 629/04
nález sp. zn. II. ÚS 303/05
nález sp. zn. Pl. ÚS 2/06
nález sp. zn. Pl. ÚS 77/06
nález sp. zn. Pl. ÚS 24/07
nález sp. zn. II. ÚS 2268/07
nález sp. zn. II. ÚS 2277/07
usnesení sp. zn. I.ÚS 1904/10

Nejvyšší soud

usnesení sp. zn. 28 Cdo 1441/2004
usnesení sp. zn. 28 Cdo 2541/2004
rozsudek sp. zn. 29 Odo 12/2005

Nejvyšší správní soud

rozsudek sp. zn. 5 Afs 16/2003
rozsudek sp. zn. 5 Afs 130/2004
rozsudek sp. zn. 2 Afs 143/2004
rozsudek sp. zn. 2 Afs 202/2004
rozsudek sp. zn. 8 Afs 18/2005
rozsudek sp. zn. 7 Afs 27/2005
rozsudek sp. zn. 5 Afs 21/2007
rozsudek sp. zn. 1 Ans 2/2008
rozsudek sp. zn. 1 As 30/2008
rozsudek sp. zn. 5 As 104/2008
rozsudek sp. zn. 4 Ads 120/2009

rozsudek sp. zn. 1 As 183/2012

usnesení sp. zn. Vol 11/2012

usnesení sp. zn. Vol 12/2012

usnesení sp. zn. Vol 13/2012

USA

Brown v. Board of Education [347 U.S. 483 (1954)]

Erie v. Tompkins [304 U.S. 64 (1938)]

Lochner v. New York [198 U.S. 45 (1905)]

Roe v. Wade [410 U.S. 113 (1973)]

Terminiello v. Chicago [337 U.S. 12 (1949)]

Jiné soudy

rozsudek Městského soudu v Praze ve věci sp. zn. 2 T 1/2006

(http://www2.mlynar.cz/_dataPublic/attachments/80e832d84a9283bb5bafc86306a4fd67/Rozsudek%20.doc [<http://bit.ly/1aPGBJ5>], navštíveno 7.7.2013)

rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Streletz, Kessler a Krenz v.

Německo, č. 34044/96, 35532/97 a 44801/98 (v angličtině k dispozici např. na adrese <http://echr.ketse.com/doc/34044.96-35532.97-44801.98-en-20010322/view/> [<http://bit.ly/12Hn9Xo>], navštíveno 7.7.2013)

rozsudek Evropského soudního dvora ve věci 138/79 Roquette Frères (v angličtině k dispozici na adrese <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979CJ0138:EN:PDF> [<http://bit.ly/15ZBS3U>], navštíveno 7.7.2013)

Internetové zdroje

[1] Akreditační komise Česká republika, Právo a veřejná správa; k dispozici na adrese <http://www.akreditacnikomise.cz/cs/stale-pracovni-skupiny-ak/pravo-a-verejna-sprava.html> [<http://bit.ly/154jPXI>] (navštíveno 7.7.2013)

[2] Ariens, M., Supreme Court Justices: Benjamin N. Cardozo (1870-1938); k dispozici na adrese

- <http://www.michaelariens.com/ConLaw/justices/cardoza.htm>
[<http://bit.ly/16XWOae>] (navštíveno 7.7.2013)
- [3] Audi USA, *TDI clean diesel*; k dispozici na adrese
<http://www.audiusa.com/tdi> (navštíveno 7.7.2013)
- [4] Baroch, P. (8.9.2012) *Tajná zpráva: Proč dostal park Šumava pokutu 450 tisíc*; k dispozici na adrese <http://aktualne.centrum.cz/domaci/soudy-a-pravo/clanek.phtml?id=756362> [<http://bit.ly/1adtO3S>] (navštíveno 7.7.2013)
- [5] Bechník, B. (24.8.2009) *Lze očekávat výrazný pokles výkupních cen elektriny z fotovoltaických elektráren pro rok 2010?*; k dispozici na adrese <http://oze.tzb-info.cz/fotovoltaika/5861-lze-ocekavat-vyrazny-pokles-vykupnich-cen-elektriny-z-fotovoltaickych-elektraren-pro-rok-2010> [<http://bit.ly/14W6ErZ>] (navštíveno 7.7.2013)
- [6] *Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University*; k dispozici na adrese <http://www.cardozo.yu.edu> (navštíveno 7.7.2013)
- [7] Carter, T., *Hermann Kantorowicz – A Biography*; k dispozici na adrese <http://www.kantorowicz.com> (navštíveno 7.7.2013)
- [8] ČTK (10.2.2011) *Kalousek rozladil poslance, náhrady měnit nehodlá*; k dispozici na adrese
<http://aktualne.centrum.cz/domaci/politika/clanek.phtml?id=690756>
[<http://bit.ly/10HlCCD>] (navštíveno 7.7.2013)
- [9] ČTK (26.3.2013) *Sněmovna udělala chybu, v novele o odpadech je úleva pro solárníky*; k dispozici na adrese
<http://www.novinky.cz/domaci/297214-snemovna-udelala-chybu-v-novele-o-odpadech-je-uleva-pro-solarniky.html> [<http://bit.ly/14W8vgj>]
(navštíveno 7.7.2013)
- [10] Evropský parlament, *Recueil des Modèles (RdM)*; k dispozici na adrese
<http://www.europarl.europa.eu/dm4epRDM/> (navštíveno 7.7.2013)
- [11] Fajmon, H. (4.1.2011) *Taky Vám schází světlo z klasických žárovek? Bude to ještě horší!*; k dispozici na adrese
<http://fajmon.blog.idnes.cz/c/171236/Taky-Vam-schazi-svetlo-z-klasickych-zarovek-Bude-to-jeste-horsi.html> [<http://bit.ly/13usEP2>]
(navštíveno 7.7.2013)

- [12] Ginter, J., Svoboda, J. (1.11.2012) *Novelizace novel aneb Češi se ztrácejí v nesmyslných zákonech*; k dispozici na adrese <http://www.novinky.cz/domaci/283344-novelizace-novel-aneb-cesi-se-ztraceji-v-nesmyslnych-zakonech.html> [<http://bit.ly/1adx9Qn>] (navštíveno 7.7.2013)
- [13] Hall, J. (11.5.2009) *Legal scholar wins Killam Prize*; k dispozici na adrese <http://www.news.utoronto.ca/legal-scholar-wins-killam-prize> [<http://bit.ly/16XZ7Kz>] (navštíveno 7.7.2013)
- [14] HARVARDgazette (19.2.2013) *Sunstein a University Professor*; k dispozici na adrese <http://news.harvard.edu/gazette/story/2013/02/sunstein-a-university-professor/> [<http://hvrld.me/12FtqCH>] (navštíveno 7.7.2013)
- [15] Hodgson, G. (14.2.2013) *Ronald Dworkin obituary*; k dispozici na adrese <http://www.guardian.co.uk/law/2013/feb/14/ronald-dworkin> [<http://bit.ly/1801Nsa>], navštíveno 7.7.2013)
- [16] Horáček, F. (23.7.2012) *Ježek software prohrála spor o chybný zákon. Pojistné se platit muselo*; k dispozici na adrese http://ekonomika.idnes.cz/jezek-software-prohrala-spor-o-chybny-zakon-fz7-/ekonomika.aspx?c=A120723_135147_ekonomika_fih [<http://bit.ly/16gJb3J>] (navštíveno 7.7.2013)
- [17] Chýla, J. (12.3.2008) *PRÁVO: Pecunia non olet*; k dispozici na adrese http://neviditelnypes.lidovky.cz/pravo-pecunia-non-olet-obj-p_spolecnost.asp?c=A080311_111753_p_spolecnost_wag [<http://bit.ly/12QxC5q>] (navštíveno 7.7.2013)
- [18] Kabelík, M. (1.2.2013) *PRÁVO: Pohádka o amnestii*; k dispozici na adrese http://neviditelnypes.lidovky.cz/pravo-pohadka-o-amnestii-o8o-p_spolecnost.asp?c=A130130_171647_p_spolecnost_wag [<http://bit.ly/1adoEF1>] (navštíveno 7.7.2013)
- [19] Kamen, A. (18.9.1986) *Rehnquist Confirmed In 65-33 Senate Vote*; k dispozici na adrese <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/08/22/AR2007082200931.html> [<http://wapo.st/13uqtLe>] (navštíveno 7.7.2013)
- [20] *Kantorowicz-Carter.co.uk – Two Friends and a Book*; k dispozici na adrese <http://www.kantorowicz-carter.co.uk> (navštíveno 7.7.2013)

- [21] Kolina, J. a Henych, V. (24.11.2012) *Hlas z vnitra k boji o Hrad: Ve věcech práva matematika neplatí* (rozhovor); k dispozici na adrese http://www.tyden.cz/rubriky/domaci/boj-o-hrad/hlas-z-vnitra-k-boji-o-hrad-ve-vecich-prava-matematika-neplati_253240.html [<http://bit.ly/18O5VIS>] (navštíveno 7.7.2013)
- [22] Kotásek, J (25.10.2011) *K smrti vyplašený*; k dispozici na adrese <http://www.lexforum.cz/354> (navštíveno 7.7.2013)
- [23] Kraus, V. (6.3.2010) *EKONOMIKA: Výkupní cena fotovoltaické elektřiny*; k dispozici na adrese http://neviditelnypes.lidovky.cz/ekonomika-vykupni-cena-fotovoltaicke-elektřiny-fum-/p_ekonomika.asp?c=A100305_184630_p_ekonomika_wag [<http://bit.ly/14W6JMh>] (navštíveno 7.7.2013)
- [24] Křivka, V., Šenkýř, M. (28.3.2012) *Pražský hrad zaměnil vlajky, hrozí mu pokuta*; k dispozici na adrese http://www.lidovky.cz/hrad-je-v-podezreni-ruska-vlajka-visela-na-miste-ceske-pdm-/ln_domov.asp?c=A120328_153616_ln_domov_jkz [<http://bit.ly/18GcnYm>] (navštíveno 7.7.2013)
- [25] Křivka, V. (21.5.2012) *Ruská vlajka na čestném místě. Hrad vyvázne bez pokuty*; k dispozici na adrese http://www.lidovky.cz/ruska-vlajka-na-cestnem-miste-hrad-vyvazne-bez-pokuty-pfi-/ln_domov.asp?c=A120520_215123_ln_domov_sk [<http://bit.ly/1a3Osjg>] (navštíveno 7.7.2013)
- [26] KSČM – skupina poslanců zastoupená JUDr. Zuzkou Bebarovou-Rujbrovou (21.1.2013) *Návrh na zrušení zákona č. 428/2012 Sb., o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi a o změně některých zákonů (zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi)*; k dispozici na adrese <http://files.cirkevni-restituce.webnode.cz/200001249-e10b7e2083/KS%C4%8CM-n%C3%A1vrh%20na%20zru%C5%A1en%C3%AD%20z%C3%A1kona%20o%20c%C3%ADrkev%C3%ADch%20restituc%C3%ADch.pdf> [<http://bit.ly/1aYyif2>] (navštíveno 7.7.2013)
- [27] Macek, L. (6.1.2011) *Při manipulaci s žárovkami se člověk snadno spálí, pane Fajmone...;* k dispozici na adrese <http://lukasmacek.blog.idnes.cz/c/171442/Pri-manipulaci-s-zarovkami-se-clovek-snadno-spali-pane-Fajmone.html> [<http://bit.ly/15oXwyh>] (navštíveno 7.7.2013)

- [28] Michigan Law, University of Michigan, *MacKinnon, Catherine A.*; k dispozici na adrese <http://www.law.umich.edu/FacultyBio/Pages/FacultyBio.aspx?FacID=camtwo> [<http://bit.ly/16XZEw1>] (navštíveno 7.7.2013)
- [29] Ministerstvo financí ČR (19.12.2011) *Zrušení Střediska cenných papírů k 31.12.2011 - právním nástupcem rušeného Střediska cenných papírů je Ministerstvo financí*; k dispozici na adrese <http://www.mfcr.cz/cs/aktualne/tiskove-zpravy/2011/2011-12-19-tiskova-zprava-5157-5157> [<http://bit.ly/13Dcly8>] (navštíveno 7.7.2013)
- [30] mlynar.cz (15.5.2007) *Rozsudek Městského soudu v Praze pod vedením JUDr. Slepíkové*; k dispozici na adrese <http://www2.mlynar.cz/kauza-testcom/rozsudek-a-odvolani/67.html> [<http://bit.ly/16gGoJu>] (navštíveno 7.7.2013)
- [31] National Geographic Česko (7.9.2012) *VIDEO: Roje špačků a magie ptačího hejna*; k dispozici na adrese <http://www.national-geographic.cz/detail/video-roje-spacku-a-magie-ptaciho-hejna-29013/> [<http://bit.ly/14AQipS>] (navštíveno 7.7.2013)
- [32] *No Country for Old Men - Trailer*; k dispozici na adrese <http://www.youtube.com/watch?v=YOohAwZOSGo> [<http://bit.ly/1d6uKD9>] (navštíveno 1.3.2013)
- [33] Posner, R. A. (10.5.2010) *Curriculum Vitae of Judge Richard A. Posner*; k dispozici na adrese <http://www.law.uchicago.edu/files/cv/Posner,%20Richard%20CV%202013.pdf> [<http://bit.ly/1a3L482>] (navštíveno 7.7.2013)
- [34] RecruiterEsq (10.3.2011) *JD Profiles: Richard Delgado, University Professor of Law, Seattle University, and Jean Stefancic, Research Professor of Law, Seattle University*; k dispozici na adrese <http://recruiteresq.com/2011/03/jd-profiles-richard-delgado-university-professor-of-law-seattle-university-and-jean-stefancic-research-professor-of-law-seattle-university/> [<http://bit.ly/10HkEq3>] (navštíveno 7.7.2013)
- [35] Sacher, T. (2.12.2012) *Bud'me přátelé, státě*. Respekt č. 49/2012; s předplatným je online k dispozici na adrese <http://respekt.ihned.cz/c1-58869800-budme-pratele-state> [<http://bit.ly/16gKqjs>] (navštíveno 7.7.2013)

- [36] Seattle University School of Law, *Richard Delgado*; k dispozici na adrese http://www.law.seattleu.edu/Faculty/Faculty_Profiles/Richard_Delgado.xml (navštíveno 12.2.2013, k 7.7.2013 byla stránka nedostupná)
- [37] Suchá, L. (10.7.2012) *Dvacet poslanců prodalo osobní data všech Němců za necelou minutu*; k dispozici na adrese http://zpravy.idnes.cz/nemecti-poslanci-schvalili-zakon-ve-20-lidech-fzh-zahranicni.aspx?c=A120710_141424_zahranicni_mku [<http://bit.ly/12kyCKW>] (navštíveno 7.7.2013)
- [38] Supreme Court of the United States, *Biographies of Current Justices of the Supreme Court*; k dispozici na adrese <http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx> [<http://1.usa.gov/12vYRyQ>] (navštíveno 7.7.2013)
- [39] Tamanaha, B. Z. (29.12.2006) *Fellow Liberals: Be a „Legal Formalist,” Join the Recovering Realists Club (Small Meetings Likely)*; k dispozici na adrese <http://balkin.blogspot.cz/2006/12/fellow-liberals-be-legal-formalist.html> [<http://bit.ly/11sIfxg>] (navštíveno 7.7.2013)
- [40] Tamanaha, B. Z. (2013) *CV*; k dispozici na adrese http://law.wustl.edu/faculty_profiles/documents/tamanaha/CVcurrent-2013upd.pdf [<http://bit.ly/15oTuWF>] (navštíveno 7.7.2013)
- [41] *The Big Bang Theory - Sheldon comforting Leonard (Weltschmerz) - S03E11*; k dispozici na adrese <http://www.youtube.com/watch?v=iCc9nyxqR44> [<http://bit.ly/12kAL9o>] (navštíveno 7.7.2013)
- [42] The University of Chicago Law School, *Cass R. Sunstein*; k dispozici na adrese <http://www.law.uchicago.edu/faculty/sunstein> [<http://bit.ly/15oT9mF>] (navštíveno 7.7.2013)
- [43] The University of Chicago Law School, *Martha Nussbaum*; k dispozici na adrese <http://www.law.uchicago.edu/faculty/nussbaum/> [<http://bit.ly/12OTN7O>] (navštíveno 7.7.2013)
- [44] Unger, R. M. (22.5.2012) *Robert Mangabeira Unger - "Beyond Obama"*; k dispozici na adrese <http://www.youtube.com/watch?v=Gnf4k8EaL7M> [<http://bit.ly/1adq4z8>] (navštíveno 7.7.2013)

- [45] Unger, R. M., *Legal Theory*; k dispozici na adrese <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/legal.php> [<http://hvr.d.me/1bgvKXd>] (navštíveno 7.7.2013)
- [46] University of Toronto, Faculty of Law, *Ernest Weinrib*; k dispozici na adrese <http://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/ernest-weinrib> [<http://bit.ly/18GaCu4>] (navštíveno 7.7.2013)
- [47] Vláda ČR (4.1.2013) *Tisková zpráva k poslední novelizaci Legislativních pravidel vlády*; k dispozici na adrese <http://www.vlada.cz/cz/clenove-vlady/pri-uradu-vlady/petr-mlsna/tiskove-zpravy/tiskova-zprava-k-posledni-novelizaci-legislativnich-pravidel-vlady-102288/> [<http://bit.ly/14AOHQK>] (navštíveno 7.7.2013)
- [48] Vláda ČR, *Hodnocení dopadů regulace (RIA)*; k dispozici na adrese <http://www.vlada.cz/cz/ppov/lrv/ria/uvod-87615/> [<http://bit.ly/12kBuHC>] (navštíveno 7.7.2013)
- [49] Wikipedia, *Legal formalism*; k dispozici na adrese http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_formalism [<http://bit.ly/14W5c90>] (navštíveno 7.7.2013)

Klíčová slova / Keywords

Právní teorie, právní sociologie, právní filosofie, právní věda, formalismus, americký právní realismus
 Legal theory, sociology of law, philosophy of law, jurisprudence, formalism, American legal realism